

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

**LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR
Y DERECHOS CONEXOS EN LA RED: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA
ECUATORIANA EN RELACIÓN A ÉSTA RESPONSABILIDAD.**

ZAIRA VANESSA HARO BRAVO

DIRECTOR: DR. ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO MAYO, 2014

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.
Francisco Salazar 360 y Mallorca
Quito

Quito, 14 de mayo de 2014

Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad

Ref. Tesis Srta. Zahira Vanessa Haro Bravo / Oficio Nro. 169-SIG-14

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante el Oficio en referencia respecto a la disertación previa a la obtención del título de abogado intitulada **"LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LA RED: ANALISIS DE LA NORMATIVA ECUATORIANA EN RELACION A ESTA RESPONSABILIDAD"** preparada por la señorita **ZAHIRA VANESSA HARO BRAVO**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

El tema es relevante desde el punto de vista teórico y práctico, pese a que en la Facultad existen trabajos anteriores con los que está relacionado directa o indirectamente.

Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

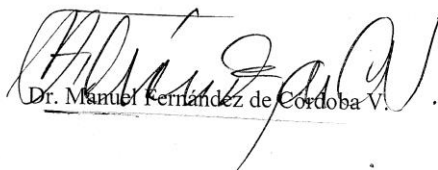
La bibliografía responde a la disponibilidad del medio con referencia al tema tratado. Sin embargo, no incluye algunos autores y títulos, a mi juicio fundamentales, que podrían haber sido consultados. Sin embargo, el trabajo de investigación realizado es encomiable.



Existen algunas apreciaciones conceptuales dela alumna con las que no coincido totalmente, lo que no obsta a que las aclare debidamente a la hora de su defensa.

Salvo un mejor criterio, se lo califica con la nota de 10/10.

Atentamente,



Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.

B|B|A
Barzallo & Barzallo
ABOGADOS

Quito, 21 de mayo de 2014

Dra.
Ivette Haboud
Secretaria de Facultad
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
Ciudad.

De mi consideración

En atención a su comunicación por la que se me solicita la revisión y calificación del trabajo previo a la disertación previa a la obtención del título de abogada de la señorita ZAHIRA HARO BRAVO, cuyo título del trabajo es **"LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LA RED: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ECUATORIANA EN RELACION A ESTA RESPONSABILIDAD"**.

Respecto de los aspectos cualitativos del trabajo señalo que:

- a). La temática es interesante pese a no contener novedades en la investigación y resultados.
- b). El trabajo cumple con las reglas metodológicas.
- c). El trabajo no contiene suficiente investigación bibliográfica que le de una mayor profundidad.

Por lo expuesto consigno la siguiente calificación:

8/10

Atentamente,

Dr. José Luis Barzallo

AGRADECIMIENTO

Primeramente a Dios, por acompañarme siempre y ser la luz que guía mi camino y mis decisiones.

A mi Abuela, Ninfa Cantos, por su cariño y detalles, a lo largo de mi vida.

Agradezco a mis padres, Juana y Fabián, por estar ahí desde mis primeros pasos, desde mis primeras palabras, por haberme dado la oportunidad de alcanzar mis metas y sueños, inculcándome las buenas costumbres de la vida, por enseñarme a ser feliz en cada momento, además de haberse convertido en mi apoyo y bendición, por ser mis amigos, sobre todo por ser incondicionales.

Un agradecimiento especial, a mi profesor y director de tesis, el Dr. Esteban Argudo Carpio, por quien guardo mucho cariño y afecto, ya que me ha dado la oportunidad de conocer una nueva faceta del Derecho a través de sus clases y de sus enseñanzas, ha sido un buen guía en este camino para obtener este trabajo, además de todas las oportunidades que me ha sabido brindar hasta el día de hoy, siendo su ayudante de cátedra y fiel discípula en la materia, muchas gracias.

Otro agradecimiento especial a la Dra. Margarita Zambrano, quien ha sido una incondicional amiga, como jefe y compañera de trabajo, quien en todo momento de mi desenvolvimiento personal y laboral ha sabido apoyarme en mis decisiones, gracias por todos los consejos y conversaciones que me han ayudado a forjarme como ser humano, mujer y profesional.

A mis hermanos, Erick y Antonio, por estar en todo momento a mi lado y ser consentidores de mis sueños, por protegerme y cuidarme siempre, por los juegos, las risas, por todo lo vivido.

A mis sobrinos, Anthony, Matthew, Elian, por ser parte de mi vida y mis pequeños compañeros de juegos.

Agradecimiento especial al Dr. José Meythaler Baquero, a quien guardo profunda admiración, cariño y respeto por su trayectoria en el mundo jurídico y por haberme brindado grandes oportunidades de crecimiento a nivel laboral y personal.

A mis tíos, Mercedes y Enrique, por haber siempre estado a mi lado y cuidarme en todo momento.

A mi profesor a quien también guardo afecto y admiración, Dr. Manuel Fernández de Córdova, por haber impartido en mí conocimientos de la materia y darme la oportunidad de ser su ayudante de cátedra en sus materias.

A mis amigos: Karen Aguilar, Karla Moncayo, Esteban Coral, Paulina Zambrano, Karina Aguirre, Gabriela Rojas, Samantha Arguello, María Fernanda Muñoz, Luis Lucero, Francisco Riofrío, Hernán Farto, Karla Gellibert, Andrés Shugga, Ramiro Rodríguez, Diana Pinto, Cristian Villarroel, Gustavo Almeida, Andrea Flores, Andrea Álvarez, Nataly Pozo, Andrés López, Freddy Martínez, Xavier Bahamonde y Sebastián Páez por haber compartido todos los momentos universitarios.

A toda mi familia.

A todos a quien debo mi profunda gratitud, dedico esta Tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

Abstract.....	1
Introducción.....	2

CAPÍTULO 1:

1.1 Antecedentes.....	5
1.2 Conceptos y principios fundamentales.....	6
1.2.1 Derecho de Autor y Derechos Conexos.....	6
1.2.2 Principios del Derecho de Autor.....	9
1.3 Contenido del Derecho de Autor: los derechos morales y patrimoniales.....	11
1.4 La Sociedad de la Información: concepto y características.....	18
1.5 Los tratados “internet” de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, como una respuesta al desarrollo tecnológico.....	22
1.5.1 (WCT) Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA).....	27
1.5.2 (WPPT) Trata de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).....	28

CAPÍTULO 2:

2.1 El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en la Sociedad de la Información.....	31
2.2 La Referencia a las infracciones que podrían afectar a los Derechos de Autor y los derechos conexos en general en la red. Derechos de Autor Afectados.....	38
2.2.1 La era digital.....	38
2.2.2 Atentados en la red.....	41
2.2.3 Redes P2P.....	42
2.2.4 Perjuicio de un tercero en redes P2P.....	43
2.2.5 Ánimo de lucro en redes P2P.....	44
2.2.6 Derechos de Autor afectados.....	44
2.3 Las Medidas Tecnológicas de Protección de las Obras y la Información sobre la Gestión de los Derechos.....	48

CAPÍTULO 3:

3.1 Los Proveedores de Servicios de Internet (ISP).....	56
3.2 Las responsabilidades por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet.....	61
3.2.1 Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet ISP (internet services providers).....	63
3.2.2 Responsabilidad Penal.....	79

CAPÍTULO 4:

4.1 Análisis de los casos y resoluciones.....	91
4.1.1 Caso Napster (P2P).....	91
4.1.2 Caso Grokster.....	95
4.1.3 Caso MegaUpload.....	98
4.1.4 Caso Compu Serve.....	101
4.1.5 Caso Operador R.....	102
4.2 La Legislación ecuatoriana, doctrina y convenios internacionales.....	104
4.2.1 Ley de Propiedad Intelectual.....	104
4.2.2 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 351 de la CAN.....	117
4.2.3 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.....	118
4.2.4 Tratados de Internet de la OMPI.....	120
4.2.5 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.....	121
4.2.6 ¿Son suficiente, los cuerpos normativos incorporados en el ordenamiento jurídico hasta el momento en el Ecuador, con respecto a la regulación de las infracciones a los derechos de autor y conexos, en la red?.....	122
Conclusiones.....	125
Bibliografía.....	127

ABSTRACT

En este trabajo se analizará, en primer lugar los temas básicos concernientes a la materia de Derechos de Autor y Conexos, tales como conceptos básicos, principios, los cuales hoy en día se encuentran estrechamente ligados con la Sociedad de la Información, de la mano de esto se examinará el contenido de los Tratados de Internet de la OMPI.

Posteriormente, se detallará cuales son los derechos protegidos por el Derecho de Autor y Derechos conexos que se encuentran en una posición afectada por el surgimiento de las nuevas tecnologías, haciendo referencia a las infracciones que se pueden generar con la circulación de las obras en la red, por lo que se analizará además a las medidas tecnológicas de protección, para conocer las nuevas soluciones a las infracciones en la internet.

Además, se estudiará a los ISP, quienes son los proveedores de servicios de internet, para conocer con más precisión sus funciones y su responsabilidad frente al servicio que prestan en la sociedad de la información.

Finalmente, se pondrá a colación casos relevantes, como Napster, Grokster, MegaUpload, entre otros, para conocer como sus resoluciones marcaron precedentes para la materia en cuestión; luego se estudiará el contenido de nuestra legislación nacional, con el objeto de conocer si el Ecuador está o no preparado para afrontar la nueva realidad tecnológica, con sus riesgos.

INTRODUCCION

Años atrás, la obtención de las obras se limitaba a la era analógica, tiempos en los cuales era imposible obtener todo el contenido que se buscaba y por tanto tomaba mucho tiempo y dinero ejecutar investigaciones de todo tipo; hoy en día, la tecnología ha revolucionado y ha traído consigo grandes cambios que ponen a la información a un segundo en nuestras manos y de nuestro conocimiento.

En el primer capítulo se abordarán conceptos básicos y los principios rectores de la materia, para obtener un estrecho acercamiento con los nuevos derechos que transitan en la nueva sociedad de la información y la ampliación de los derechos de autor y conexos a la misma, poniendo a disposición el contenido de los Tratados de Internet de la OMPI, como una nueva respuesta a éstos derechos.

Como es objeto de estudio de éste trabajo, en el segundo capítulo, se analizará todas aquellas ventajas y desventajas, de la nueva relación que tienen los derechos de autor y conexos con la sociedad de la información, pues como se verá más adelante, los derechos de los autores y titulares de las obras se verán ampliados en la red en todo aspecto, como el hecho de hacer conocer una obra a través de un solo “click” y como al mismo tiempo el autor o titular puede verse afectado en sus derechos al desconocer la fuente de infracción del contenido de su obra, por lo que se enfoca ésta tesis a conocer los derechos de autor y conexos que se ven afectados por las infracciones en la red. Para esto, resulta de importancia incorporar en éste capítulo a las medidas tecnológicas de protección, que traen consigo soluciones a las infracciones tecnológicas de los derechos de autor y conexos, conociendo su alcance en cuanto a la protección del contenido se refiere.

La difusión de los contenidos y la autopista de la información traerán a éste trabajo muchos temas que deliberar, pues la sociedad exige el derecho a la información, mientras que los autores y titulares, exigen el reconocimiento justo de su esfuerzo intelectual; siendo éstos dos derechos reconocidos por nuestra Constitución, son

importantes, sobre lo cual se puede desde ya pensar en el equilibrio que se apunta a alcanzar.

En el tercer capítulo, se verán los diferentes panoramas y actores que aparecen a lo largo de la difusión de los contenidos en la red, tales como el ISP o prestador de servicios de internet, el usuario o cliente infractor, el proveedor de contenidos, entre otros, para obtener una evaluación de cada uno y su conducta frente a los actos que se ejecutan para intervenir en el contenido protegido por el Derecho de Autor, y una vez analizadas las conductas, establecer la responsabilidad que cada uno tiene frente a los hechos, o de ser el caso las excepciones y limitaciones que goza cada uno, que le exime de responder ante la Ley.

Para éste estudio, se tomará como referencia doctrina y cuerpos normativos ajenos a la normativa ecuatoriana, tales como la DESI (Directiva Europea sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, 2000) y DMCA (Digital Millenium Copyrgith Act, 1998), entre otros, para establecer un marco general respecto del tratamiento que reciben las infracciones que se cometen en la red por personas naturales. Con esto, se podrá observar los distintos escenarios y niveles de responsabilidad que cada uno tiene frente a las obras protegidas y como es que cada legislación protege el intelecto humano.

Finalmente, en el cuarto capítulo, se incorporan casos de relevancia jurídica, los cuales apuntan a enriquecer éste trabajo, pues los precedentes legislativos son importantes para sustentar las diversas posturas de los diferentes actores y demandados del caso en particular, dejando un mensaje claro de cómo debe funcionar el sistema; además, como punto importante, el análisis de nuestra Ley de Propiedad Intelectual y toda su normativa vigente que le acompaña para conocer si el Ecuador está preparado o no, para resolver casos de ésta índole.

CAPÍTULO 1:

1.6 Antecedentes.

1.7 Conceptos y principios fundamentales.

1.2.1 Derecho de Autor y Derechos Conexos.

1.2.2 Principios del Derecho de Autor.

1.8 Contenido del Derecho de Autor: los derechos morales y patrimoniales.

1.9 La Sociedad de la Información: concepto y características.

1.10 Los tratados “internet” de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, como una respuesta al desarrollo tecnológico.

1.5.1 (WCT) Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA).

1.5.2 (WPPT) Trata de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

1.1. ANTECEDENTES

En la antigüedad las creaciones no eran protegidas, con el paso de los años y el desarrollo del hombre se fueron dando nuevos bienes creativos, en Grecia las obras de teatro que se desarrollaban no tenían un derecho de propiedad sobre las creaciones, sin embargo si alguien se hacía pasar por el autor era mal visto, más adelante con la creación de la imprenta ya se empieza a ejercer un derecho monopólico sobre las primeras producciones de libros, dando lugar a la aparición del denominado “Sistema De Privilegio Real”, el cual consistía en darle el reconocimiento a las imprentas y no al autor.

La primera norma jurídica que concibe el derecho exclusivo de los autores y la propiedad que ejercen sobre sus creaciones aparece el 10 de abril del año 1710, con el Estatuto de la Reina Ana, llamado “Ley para el Fomento del Aprendizaje”, el cual regula temas como la venta y la reproducción de los libros, es decir, los autores escogían a los editores para explotar su obra eliminando el monopolio de las imprentas, en este cuerpo normativo además se reconoció el “copyright” que es propio del derecho anglosajón, y que es también conocido como el “derecho de copia”; no hay que confundir el copyright con el Derecho de Autor, puesto que Derecho de Autor es un concepto más amplio que abarca entre otras cosas al copyright.

El copyright, no se centra en la relación del autor con la obra, simplemente se centra en la obra en sí, es decir tiene un alcance más extremo en relación con el objeto de protección, tiene consigo una orientación comercial, además incluye a las grabaciones sonoras, emisiones de radiodifusión, cable, presentación tipográfica de las ediciones, considera incluso que el titular de la obra puede ser la persona jurídica; además de esto, el copyright exige que la obra esté en un soporte material para que pueda ser objeto de protección; el copyright se relaciona mas con los derechos patrimoniales del autor que con los derechos morales, pero sin embargo reconoce el derecho de la paternidad.

En cuanto a nuestro país Ecuador, el sistema de protección al que estamos adscritos es el sistema latino, el cual reconoce dentro de los derechos de autor a los derechos morales, teniendo una orientación más individualista, es decir

enfatisa más a la persona natural como titular, puesto que este sistema recoge al derecho de autor como personal e inalienable, de tal manera que nunca se cede la autoría sino solo la titularidad; además, reconoce la coautoría, protegiendo la obra desde su creación sin formalidades; este sistema tuvo origen con la revolución francesa y se denominó Droit D'Auteur.

1.2 CONCEPTOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

1.2.1 Derechos de Autor y Derechos Conexos:

- **Derecho de autor.**

Las creaciones que son producto de la actividad intelectual humana, se encuentra enfocando un derecho subjetivo que se debe proteger por su individualidad en la que transmite las ideas en su contenido o por las distintas formas en que transmite esa creación, desde el campo del Derecho de autor es oponible ante todas las personas por su particularidad, es *erga omnes*; estas creaciones en materia de Derecho de Autor se convierten en: obras literarias, teatrales, científicas, audiovisuales, musicales y artísticas, ya sea que se encuentren publicadas o inéditas, su contenido es objeto de protección en cualquier forma, ya sea físicamente en un libro, por cd, por internet o por cualquier otro medio en que la obra pueda manifestarse, en la medida en que la obra no se vea afectada en ninguno de sus derechos, entiéndase a los derechos morales que son inherentes a la personalidad del autor y patrimoniales que involucran la explotación de la obra; en sí el Derecho de autor protege el contenido en sí, no las ideas.

Esta rama de la Propiedad Intelectual, protege las creaciones encaminadas hacia las obras ya mencionadas en el párrafo anterior, señalando que a diferencia de los derechos de Propiedad Industrial, el Derecho de Autor, está protegido desde el momento de su nacimiento, desde que se plasma o se materializa la idea, más bien dicho desde que se formaliza, aduciendo que no necesita la aprobación de la autoridad administrativa, pero para efectos de medios de prueba en nuestro país, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, registra también los derechos de autor, por lo que es importante mencionar que en este camino los derechos son declarativos y no constitutivos.

En el Ecuador, se otorga una protección extensiva a los derechos de autor, puesto que el autor es dueño absoluto de su obra toda la vida y durante setenta años después de su muerte los derechos pasan a sus causahabientes; una vez que han pasado los setenta años *post mortem*, la obra se coloca en el dominio público, de acuerdo con nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

- **Derechos conexos**

El artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual define a los Derechos conexos: *“Son los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.”*¹

De la mano de los derechos de autor se encuentran los derechos conexos o vecinos, estos derechos logran su primer reconocimiento a nivel internacional como tales en 1961 con el Convenio de Roma, entre los cuales encontramos: interpretaciones, ejecuciones artísticas, intérpretes, fonogramas y organismos de radiodifusión; con el tiempo se han venido otorgando derechos conexos de tres categorías y son:

*“Artista intérprete o ejecutante: Todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.”*² Su intervención es necesaria por la creatividad, siendo totalmente justificable que cada uno tenga protección en su interpretación individual.

*“Productor de fonogramas: La persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos;”*³ La protección legal de los productores de fonogramas se ve sustentada por sus recursos financieros y creativos para lograr poner la obra a disposición del público, es decir las grabaciones sonoras se adaptan en forma de fonogramas los cuales son

¹ Ley de Propiedad Intelectual vigente, artículo 7.

² CONVENCION DE ROMA sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961. Artículo 3, literal a.

³ CONVENCION DE ROMA sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961. Artículo 3, literal c.

comercializados, tanto es así que el productor de fonograma debe contar con las medidas necesarias para impedir el uso no autorizado de sus fonogramas.

*“Organismos de radiodifusión: Es la persona natural o jurídica que decide las emisiones de radiodifusión y el contenido de la misma, y que determina el programa así como el día y la hora de la emisión.”*⁴ No existe un concepto de organismo de radiodifusión, ni en el Convenio de Roma ni en el Convenio de Bruselas; el organismo de radiodifusión al igual que los anteriores goza de protección en el nivel en que puede ejercer su derecho de controlar la transmisión y retransmisión de las emisiones.

Es decir los derechos conexos garantizan los derechos del intérprete, del productor de fonograma y de los organismos de radiodifusión; protegen los intereses legales ya sea de personas naturales como de identidades jurídicas que son contribuyentes a la disposición al público de la obra, por lo que éste tipo de actividades también merecen un reconocimiento mediante la protección de sus derechos

Cuando hablamos del artista intérprete o ejecutante, no debemos olvidar que tiene derechos que le facultan ya sea a autorizar o prohibir la reproducción o comunicación pública, si todavía no han sido fijadas, por lo que si un tercero va a realizar actos de explotación debe contar con la autorización del titular de éste derecho conexo, así también puede exigir el derecho moral de paternidad en cuanto a su interpretación o ejecución se refiere.

El productor de fonograma, también se encuentra facultado de autorizar o prohibir en temas de producción directa o indirecta, importaciones, distribución en cualquier medio, remuneraciones por el uso de los fonogramas.

Los derechos conexos son *“actividades afines a los derechos de autor, difusión de las obras a través de la interpretación, música; el derecho es conexo al derecho de autor”*⁵, es decir la obra del autor, es parte sustancial para que el derecho conexo se desarrolle, pues sin los derechos conexos habría una limitación al momento de hacer conocer la obra al público, pues se daría a conocer pero de una forma

⁴ http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Nicaragua/Ley_312.htm.

⁵ Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

limitada, pero bien manifiesta Wilson Ríos en caso de conflicto entre los derechos de autor frente a los intereses de los titulares de derechos conexos, se aplicará de preferencia lo que más le convenga al autor (ley 23 de 1982, art. 165; Dec. 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, art. 33).

Otro factor importante aquí son los organismos de radiodifusión que bien se encuentran expresados en la radio y la televisión, y que al momento de hacer llegar al público ya sean reproducciones, retransmisiones o fijaciones deben estar autorizadas por estas organizaciones; además, la emisión vía satélite de señales portadoras de programas que sean de otro deben ser autorizadas.

1.2.2 Principios del Derecho De Autor:

Además de los derechos que goza el autor hay principios que deben ser respetados por ser la base de la estructura jurídica del Derecho de Autor, por lo que los principios esenciales son:

1. Originalidad: Es uno de los requisitos que debe cumplir para estar bajo la protección de los Derechos de autor, puesto que no se debe tratar de copia, además cabe notar que la originalidad se refiere a más que a una idea nueva, a una idea original en la forma de la expresión de la misma, debe ser particular en la forma expresiva, es decir, exige un cierto grado de creatividad al momento de expresar una idea ya existente, por lo que no debemos confundir la originalidad con la novedad, pues si ya existe la idea no afecta que el autor de la obra la desarrolle a su manera, lo que importa es el esfuerzo y la contribución del autor. Además, el jurista Ernesto Rengifo menciona dos teorías de la originalidad: *“originalidad subjetiva que es el reflejo de la personalidad del autor y la originalidad objetiva que el trabajo debe ser único”*⁶, el Derecho de Autor protege el sello personal de la obra.
2. Susceptibilidad de ser divulgada o reproducida de cualquier forma: Es decir debe ser perceptible por lo sentidos ya que de lo contrario no es conocido por

⁶ Rengifo, García. Ernesto, “Propiedad Itelectual. El derecho moderno de autor”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1996-2000.

el hombre, no importa si la obra que fue creada con mérito literario o artístico, simplemente es conocida por el hombre y no se mira en este caso los juicios de valor; por lo que se puede decir que hay independencia entre la creación intelectual y el soporte físico, pues la reproducción puede ser de cualquier forma.

3. No protección de las ideas, sino la forma como éstas se expresan: Como ya se menciono, las ideas en sí no se protegen sino la expresión de las mismas, por lo que el Derecho de Autor únicamente reconoce y protege las expresiones como tales en sus distintas formas, de ésta manera se consigue el equilibrio entre el derecho privado del autor y el derecho público que tiene la sociedad ante dicha información, por lo que una obra puede ser plasmada ya sea en una hoja, como digitalizada o simplemente exteriorizada y expresada mediante una declamación o un canto, el punto central es que la obra al momento de ser expresada ya dejó de ser una mera idea y paso a ser objeto de protección por el Derecho de Autor.
4. Ausencia de formalidades: El autor adquiere derechos desde el nacimiento de su obra, no implica la necesidad de registro, pues basta con la mera creación, es decir el modo adquisitivo del derecho es automático, incluso si se omite el registro no quiere decir que no goce de los derechos reconocidos por la ley, por lo que estamos hablando de un reconocimiento de derechos atributivo, pues se crea la obra y ya hay derecho, dado el caso de que la obra se registra, solo surte efectos declarativos y no constitutivos. Este principio se encuentra propuesto en el Convenio de Berna.
5. Trato nacional: Este principio está amparado en el Convenio de Berna, el cual da la facultad de que la obra tenga el mismo trato y protección que tiene en su país de origen por los demás países que son parte del Convenio, es decir no hay discriminación de ningún tipo, otorgándole mayor alcance de protección y el mismo trato nacional para la obra por los demás países adscritos a Berna.

6. Coexistencia de derechos e intereses: En una obra puede darse la coexistencia de diferentes derechos, así como intereses, limitaciones y varias formas de explotación, pues en el proceso de realización de un obra puede intervenir varios actores, por lo que al momento de ser explotada la obra, esos derechos se dividen al igual que la misma forma de explotación, por ejemplo si se realiza una obra musical van a darse varios escenarios en la forma de explotación y de reconocimientos para los personajes que intervinieron, pues aquí encontramos escritores, músicos, arreglistas, traductores, intérpretes y productores; pudiendo ceder estos derechos de explotación, además el autor de la obra tiene derechos que deben ser protegidos en el caso de que se modifique su obra ya sea por las diferentes adaptaciones como por ejemplo las traducciones, puesto que si se dan modificaciones se debe contar con el consentimiento del autor.

1.3 CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

El autor frente a su obra, tiene derechos en relación con la sociedad, es así como sobresalen dos derechos de gran importancia, reconocidos en el Convenio de Berna, los derechos morales y patrimoniales:

- **DERECHOS MORALES**: Se encuentran regulados en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana en el artículo 18, el cual tiene como base el Convenio de Berna; el autor en su misma creación denota una naturaleza personal, del cual sobresale el derecho de explotación de la obra. El derecho moral implica la relación personal que existe entre el autor y la obra por lo que no se pueden ceder bajo ningún aspecto ni se somete a cambios de naturaleza económica; en cuanto a los derechos morales en las nuevas tecnologías continúan siendo impregnable en todas sus formas, y son:
 - a) Perpetuos e imprescriptible: El autor frente a su obra tiene reconocimiento como creador de la misma al igual que sus derechos, desde el momento del nacimiento de la obra, hasta más allá de la muerte del autor, es decir, el

derecho moral del autor no se acaba ni con su muerte, siendo indefinido en el tiempo y se mantiene estrechamente ligado al derecho de la paternidad e integridad. Nuestra legislación no expresa la perpetuidad en el artículo 18 de LPI, sin embargo se entiende como efecto de los demás reconocidos. Además, una vez que el autor muere, los que ejercen ese derecho son los causahabientes, pero el nuevo problema a plantearse aquí, es el derecho moral en el entorno digital, puesto que con la nueva era de las tecnologías se dieron nuevas formas de infringir los derechos de autor y conexos, siendo así que, la información puede ser objeto de distorsión o modificación, tanto así que éstos problemas merecen ser tratados y regulados mediante la ley. Una obra que se encuentra en el entorno digital, puede estar indefinidamente en la red, sin embargo eso no afecta a su derecho moral y no cambia su naturaleza por el hecho de encontrarse en la internet, por lo que la paternidad o la facultad de oponerse ante cualquier deformación debe ser reforzado en un medio como este, siendo la red un pretexto para ratificar los derechos morales del autor.

- b) Inalienables: El derecho moral no es objeto de negocio jurídico, no se puede transferir los derechos personalísimos del autor. Delia Lipszyc al respecto dice, “*toda transmisión entre vivos de derechos de autor solo puede involucrar los derechos patrimoniales*”⁷. Con el comercio electrónico el autor puede trasladar en parte o totalmente los derechos patrimoniales, más eso no implica y no incide en su derecho moral que es inalienable, puesto que este derecho personalísimo no es negociable, ni ponerse a disposición de terceros.
- c) Inembargables: No está sujeto a embargo o a otro tipo de limitación por ningún medio.
- d) Irrenunciables: Es irrenunciable porque ni el mismo autor puede desprenderse de un derecho personalísimo, como lo es el derecho moral, además, que no se puede afectar al interés particular que tiene el autor

⁷ Lipszyc, Delia, “Derechos de autor y derechos conexos”, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 157.

frente a su obra, por lo que se busca proteger al autor en cuanto a sus derechos morales frente a los editores, patronos o comitentes y demás personas que puedan perseguir beneficiarse de una creación que no es suya. Como bien podemos ver, este derecho garantiza al autor en cuanto a su entorno patrimonial, familiar y social. En el Derecho no está aceptada la renuncia del derecho moral. Con la intervención de la internet, podemos observar las distintas formas del movimiento de las obras, coadyuvando que el autor ejerza este derecho, ya que no se menoscaba por el cambio de medio de comunicación.

Los derechos morales del autor a saber de Antequera comprenden: *“el derecho moral comprende, por lo menos, el del autor de reivindicar la paternidad de su obra y a oponerse a cualquier deformación que atente contra el decoro de la misma o su propia reputación como autor, además de otras facultades extra-patrimoniales, como el derecho a divulgación y al inédito y el derecho de retirar la obra del comercio o derecho de arrepentimiento”*⁸.

Los derechos morales reconocidos en nuestra Ley de Propiedad Intelectual son los siguientes:

- a) Paternidad: Puede oponerse a cualquier cambio que se dé en el ejercicio de los derechos continuados en los siguientes literales, es decir, puede reivindicar su paternidad. El creador de la obra puede decidir mantener su obra en el anonimato, aún cuando se hace una obra para otra persona y decide no tener el reconocimiento, se debe mantener en claro la plena división de los derechos morales y patrimoniales. Si existe un cesionario, éste no podrá modificar esta condición, solo el autor tiene éstas atribuciones. Además, puede el autor no poner un nombre o poner un seudónimo. El hecho de que el autor esté anónimo en la obra, no impide ejercer sus derechos patrimoniales, al momento de revelar su nombre. En

⁸ Antequera, Parrilli. Ricardo. “Breviario del Derecho de Autor”. Editorial LIVROSCA, Caracas – Venezuela. 2000. Pág. 77.

nuestra legislación, las obras anónimas toman como representante al editor de la obra.

- b) Divulgación o Inédito: Decide sobre si publica la obra o la mantiene inédita, pues es un derecho personalísimo y absoluto el que tiene el autor, además que la internet es un medio de comunicación muy fuerte e influyente al momento de publicarse la obra, sin embargo esto no debe servir de pretexto a cambiar el sentido del derecho moral del autor, pues si decide divulgarla, debe ser bajo el respeto de sus derechos por parte de terceros al momento de acceder a la misma, por lo que los derechos morales deben evolucionar con la nueva era, y esta evolución implica la inclusión de su protección en la red, pues el cambio en la forma de divulgar la obra solo se debe a que antes estaba plasmada en un papel y ahora está en la internet, pero los derechos no cambian, al contrario se refuerzan.
- c) Integridad: Oponerse a mutilaciones o deformaciones que atenten a la obra y a su derecho de autor como tal, siendo así que evita que la reputación del autor se vea destruida y la integridad de la obra se mantenga como tal. Se debe mantener la obra como el autor la creó y no modificarla, ni deformarla ni mutilarla o alterarla, siendo así que la imagen, honor y reputación no se vean comprometidas; el único que puede modificarla y oponerse a estas acciones es el autor; no debe perderse de vista que para ejercer este derecho, la obra no debe verse afectada y tampoco la reputación del autor.
- d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero: El autor tiene derecho al ejemplar único de su creación para ejercitar cualquier derecho que le corresponda, incluso el de perfeccionar la obra. Cuando decimos ejemplar raro de la obra se refiere a casos en que la obra es escasa.
- e) Retiro de la obra del comercio: Aquí el autor tiene el derecho de retracto o arrepentimiento, es decir, saca del comercio su obra. Este derecho no está contemplado en nuestra legislación.

En el aspecto del derecho moral del autor, éste puede ejercer muchos derechos que salen del mismo, puesto que al ser el autor, es el creador de su obra, por lo que puede publicarla como mantenerla inédita, al mismo tiempo que puede plasmar su nombre en la obra o un pseudónimo.

- **DERECHOS PATRIMONIALES:** Estos derechos están enfocados a la explotación de la obra, entre las distintas formas de explotación en cualquier medio y en cualquier forma, por lo que aparecen: reproducción, comunicación, distribución, importación y transformación. Por tanto se discuten factores de orden económico, el autor está en su derecho exclusivo de decidir si la explota por si mismo o si autoriza a un tercero la explotación de la obra, de tal manera que recibe una contraprestación económica.

En los derechos patrimoniales no existen límites en cuanto a la explotación se refiere, pero no hay que olvidar que lo que se protege en el derecho de autor no es en sí el corpus mechanicum que contiene la obra sino el corpus mysticum, el cual es el bien jurídico intelectual.

A diferencia del derecho moral, el derecho patrimonial si se puede ceder a terceros e incluso conceder licencias, también se transfieren por mortis causa; no hay que olvidar que en el caso en que un tercero explota estos derechos, debe contar con la plena autorización del autor, por lo que podemos encajar como derechos patrimoniales:

- a) Reproducción: *“Es la fijación de la obra en un soporte material, almacenamiento digital”*⁹, por lo que el autor está en la facultad de reproducir la obra en cualquier medio y de cualquier forma, siempre que sea susceptible por los sentidos. Dentro de las formas de reproducción puede ser total o parcial, directa o indirecta por medio de otra persona, dentro del Convenio de Berna, las grabaciones sonoras o visuales son consideradas una forma de reproducción. En nuestra Ley de Propiedad Intelectual en el artículo 21, se incluye el almacenamiento digital a la

⁹ Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

reproducción, ya sea temporal o definitivo, total o parcialmente y que permita obtener copia de la misma obra.

Con el surgimiento de la tecnología, la información es accesible desde cualquier parte del mundo, como producto de la combinación de las telecomunicaciones con la informática, es decir la telemática, dando paso a utilizar bases de datos de lugares lejanos, llegando a incorporar esta información en dvd o cd, pero la desventaja se presenta en que diferenciar la copia del original resultaría difícil, por lo que es fácil deducir que una obra digital es más susceptible de violaciones en sus derechos de autor, por que se expone a vista de otros ordenadores, ya sea si fue almacenada en red compartida como son los formatos p2p o si fue escaneada y se propagó esta información.

Hay que anotar que, en cuanto a la reproducción de la obra se refiere en el ámbito digital, el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI (WTC), manifiesta que, el almacenamiento digital se entiende como reproducción ya sea que se dé la fijación o grabación de manera temporal o definitiva.

- b) Comunicación pública: *“Derechos exclusivos que tienen los autores; es toda forma de hacer llegar la obra pública en actos que no consisten en un soporte material, puede ser por medios alámbricos o inalámbricos, el público puede acceder a la obra en la manera y lugar que ellos elijan, ya sea de forma individual o colectiva, por ejemplo a través de la red; se necesita del consentimiento del titular de los derechos de autor.”*¹⁰ Cuando hablamos de pluralidad de personas, no implica que esa pluralidad se encuentre en el mismo lugar, simplemente ya sea de forma individual o colectiva, estas personas están accediendo a la obra y puede ser al mismo tiempo o no, pues es a libre elección ya sea en la privacidad de su casa como en eventos públicos como un recital, o la utilización de palabras, sonido e imágenes, incluso acciones escénicas, exhibición de obras en galerías o museos (aquí se mantiene la obra original y como tal única),

¹⁰ Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

radio, televisión, venta de obras de arte (pero esto no sería distribución). La diferencia con la comunicación privada, es que se denomina como tal cuando en el ámbito doméstico se accede a una obra sin estar conectado a una red de difusión.

Hablando en términos modernos, la comunicación pública en la red, es por medios de difusión y como se trata de la internet, es masiva esa difusión, puesto que la internet facilita la información desde cualquier parte del mundo como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, por lo que el usuario tiene toda la disposición de la información que se ubica en la base de datos de un determinado servidor. No hay comunicación pública en la red sino hay previa disposición del usuario de acceder a la información, dado que es él quien elige a qué hora y qué lugar accede a la información, pues el Derecho de Autor se configura en el momento en que se pone a disposición del público.

Hay que anotar que la comunicación pública no está en la esfera de lo privado pues como la yo dijimos, lo privado sería más el ámbito doméstico, la comunicación pública se dice que es del ámbito público, por que al estar en la red, la información protegida por el Derecho de Autor, se esparce a un sinnúmero de personas que se encuentran conectados a la red, en un mismo tiempo, involucrando a esto los diferentes medios de comunicación, es decir ya sea por satélite o cable.

- c) Distribución: La distribución se refiere a la venta, arrendamiento o alquiler de los ejemplares o copias; en este caso no será analizada, puesto que aplica solo para ejemplares físicos y no para temas de la era digital.
- d) Importación: El Derecho que tiene el autor de prohibir o autorizar que su obra ingrese a determinado territorio, se incluye aquí también la transmisión analógica y digital, ya sea que se trate de la obra original o bien de las copias protegidas; este derecho se puede ejercer suspendiendo el ingreso de la obra en fronteras, esto no aplica para el derecho de la

copia privada, es decir el único ejemplar que puede traer el viajero en el maletín. Algunos autores han confundido el derecho de importación con el de distribución, pero la diferencia es que en la importación de la obra no hay necesariamente transferencia de dominio o de posesión, siendo que en la distribución si se da necesariamente esas transferencias, por lo que el derecho de importación tiene sus propias características.

- e) Traducción, adaptación, arreglos (transformaciones): Ernesto Rengifo define al derecho de transformación como, “*la facultad exclusiva del autor de autorizar a otra persona la creación de obras derivadas como traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, revisiones, actualizaciones, compendios, resúmenes, extractos, colecciones y antologías*”¹¹, de esto podemos colegir que la obra inicial, original o primera pasa a tener modificaciones, pero sin que su esencia o individualidad como tal se pierda, manteniéndose su mismo género y expresión. No hay que confundir con la obra derivada, puesto que la obra modificada es la misma obra trastocada y la derivada es la que nace como inspiración de la primera.

En el caso de que una obra fue transformada, por decir, fue traducida, el traductor adquiere sus propios derechos respecto de la traducción que realizó sobre la obra, más no adquiere los derechos de la obra original. Cuando una modificación afecte al derecho moral del autor, a su imagen o bien a la integridad de la obra, también se debe contar con su autorización, a pesar de que en tema general, el derecho de transformación protege un derecho patrimonial.

1.4 LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

¹¹ Rengifo, García. Ernesto “Propiedad Intelectual – El moderno Derecho de autor” Ediciones Universidad Externado de Colombia. Reimpresión 2.000. Colombia. Pág. 172.

La nueva era digital ha revolucionado muchos factores como es el político, social y económico, sobrepasando las barreras nacionales e involucrando a los usuarios en un punto en común, la información.

Tal como lo manifiesta Wilson Ríos, el internet nació de la idea de los norteamericanos de unir o interconectar la Union Americana, así surge la internet como un propósito militar, adquiriendo fines investigativos, lo cual dio paso al (World wide web, WWW), siendo ahora el principal fuerte de las telecomunicaciones por las facilidades que brinda, pues con solo hacer clic podemos acceder a información protegida por los derechos de autor y conexos que se encuentran al otro lado del mundo

La sociedad de la información como dice Jorge Ledesma Ibáñez, *“hace referencia al paso de una sociedad industrializada a una sociedad en la que los sectores relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son los nuevos motores de desarrollo y progreso”*¹², la sociedad de la información está encaminada a enriquecer al ser humano en cuanto al interés por el avance de la cultura, es decir obtener conocimientos a través de ésta información y de esta manera elevar su capacidad intelectual, de tal forma que sus condiciones de vida mejoren, elevándose a un desarrollo sostenible.

La sociedad de la información es característica y apegada al mundo digital, su habitud es la internet, de tal forma que la red se ha convertido en un impulsador de la cultura; además de la autopista de la información de la cual se sirven las creaciones multimedia, están integrados aquí los soportes electrónicos y el formato digital, con lo cual se puede decir que una creación multimedia es *“la combinación de textos, imágenes reales o virtuales, animación y sonidos, los cuales interactúan de manera armónica gracias a un programa de ordenador”*¹³.

Si bien es cierto la cultura es parte fundamental del ser humano, no obstante la sociedad de la información puede jugar un doble papel, puesto que puede servir de premisa para la mala utilización, es decir, la sociedad de la información puede

¹² Ledesma, Ibáñez. Jorge. “PIRATERÍA DIGITAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL”. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional. Editorial BOSCH S.A., Barcelona- España. Pág.11.

¹³ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 314.

prestarse como pretexto para irrumpir el derecho de autor y sus derechos conexos, afectando al derecho patrimonial del autor, llevando consigo un intercambio de información ilegal, como son a través de las redes P2P, como es de imaginarse éstas acciones que se cometen no son autorizadas por el autor de la información o de la obra; siendo así que, la sociedad de la información se torna una herramienta más de infracciones a los derechos de autor y conexos.

La capacidad intelectual del autor tiene un valor trascendental, y ese valor debe estar plasmado en la red, es decir contar con el apoyo de los servidores de internet para no dar paso a las ilegalidades e infracciones. Por lo que la sociedad de la información debe ir de la mano con lo que dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de tal manera que evitamos impactos a los derechos de propiedad intelectual.

Es importante darnos cuenta frente a qué estamos parados, es decir, la sociedad de la información no está limitada a un régimen nacional, puesto que la información se puede proporcionar desde cualquier parte del mundo y al mismo tiempo, las infracciones se dan también desde cualquier parte del mundo, por lo que podemos afirmar que se trata de un carácter transfronterizo que tiene la sociedad de la información o la también llamada sociedad del conocimiento, por lo que esto conlleva a buscar acuerdos y convenios internacionales entre los países para salvaguardar los derechos de autor y conexos en la red, pues varios bienes jurídicos se disputan en este medio, como es el derecho a la libertad de información y acceso de la cultura con los derechos que tiene el autor, artista e intérprete frente a la obra protegida, más aún en el medio digital, el cual representa a la nueva sociedad manifestada en la red.

Es tarde para retroceder, el avance tecnológico de la sociedad representa un reto en las normas que regulan éstas conductas, pues las nuevas vías de información nos traen además beneficios, en tal punto que los gobiernos deben involucrar su atención en la comunicación internacional, siendo lógicos, esta comunicación debe perseguir el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos que el ciudadano tiene, imponiendo derechos y obligaciones para hacer efectiva una convivencia tecnológica.

El autor frente a la sociedad de la información tiene derecho a conocer qué usuarios acceden a su obra, pero es lamentable, porque las herramientas digitales que se han creado para gestionar los derechos de autor no son lo suficientemente seguros, pues también hay infracciones para éstos mecanismos.

La disminución en ventas de las obras en soportes físicos es una constante desde que apareció la era digital y la sociedad de la información contenida en esta, pero ha aumentado el número de descargas ilegales en la red, es decir que, en la actualidad se centra el comercio de las obras en la red.

Según Jorge Ledesma Ibáñez, son cuatro los sectores que se han visto afectados por la sociedad de la información en cuanto a su mal uso, como lo es por la piratería digital:

1. Sector musical: La descarga ilegal de música ha crecido, pues aquí como claro ejemplo tenemos a las redes P2P, las cuales han sido grandes facilitadoras para que los usuarios accedan a la música de manera ilegal, faltando al derecho de remuneración justa que los autores deben recibir como compensación justa por el trabajo realizado, otros programas utilizados para la transmisión de los archivos musicales de forma ilegal se dieron a través de las redes sociales como el facebook o twitter, por lo que en el mundo digital se mueven con gran velocidad los archivos y a la vez las infracciones.
2. Sector audiovisual: En la red se ha dado la circulación ilegal más grande que puede existir en base a la industria cinematográfica, por lo que los derechos de explotación de los autores se han visto afectados a gran escala, y estos perjuicios económicos pueden llevar al cierre de grandes establecimientos apegados al cine, como lo son los establecimientos de venta o alquiler de las películas en soportes físicos, debido al peso del archivo, las descargas se dan por medio de la banda ancha, ya que no contienen el mismo peso que los archivos musicales.
3. Sector editorial: A partir de la nueva era digital, el sector editorial ha tenido cambios, no a gran escala como el sector musical y el sector audiovisual, pero sin embargo han surgido riesgos que la industria editorial ha tenido que

afrontar, pues ahora también existe el mundo editorial en la red, como por ejemplo el libro electrónico o también llamado e-reader.

4. Programas informáticos: Aquí puede entrar en análisis los videojuegos, puesto que los usuarios obtienen juegos de la red y muchos de éstos en su mayoría presentan un origen ilegal, o en las empresas se utilizan programas informáticos y esos programas contienen una procedencia ilegal, por lo que perjudica a los editores de software.

La sociedad de la información se presta ya sea de manera onerosa en la mayoría de los casos y de manera no remunerada por parte de los usuarios, para prestar servicios, tomando en cuenta que hay un equipo electrónico en el cual se encuentra incluida la era digital, coadyuvando a que la información o los datos se almacenen, por medio de los instrumentos de búsqueda y de recopilación de datos.

La sociedad de la información es el gran influyente para dar a conocer a la sociedad las obras protegidas por los Derechos de Autor, sin embargo resulta un arma de doble filo a la vez, ya que también puede pasar a ser el medio para cometer infracciones a los Derecho de Autor; en cuanto la responsabilidad del prestador de servicio intermediario o de la sociedad de la información, para poder exonerarse de responsabilidad debe:

- Actuar con la debida diligencia de retirar la información ilegal o impedir su acceso, con mayor razón si la autoridad judicial o administrativa se lo exige.
- No haber originado la transmisión.
- No modificar la información transmitida.

1.5 LOS TRATADOS “INTERNET” DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, COMO UNA RESPUESTA AL DESARROLLO TECNOLÓGICO.

El desarrollo del entorno digital y los derechos de autor a lo largo de éstos años han sido objeto de polémica en cuanto a los fines que cada uno tiene, pero la búsqueda del equilibrio dentro del cual puedan convivir los distintos derechos ha sido también el objetivo a encontrar entre los desafíos que se han presentado, ya que la internet es vista como un espacio de completa libertad, por lo que se puede pensar que el derecho de autor adquiere inestabilidad con la red por las innumerables infracciones que pueden surgir de la misma; con el avance de la tecnología se puede especular sobre el fin de los derechos de autor, pero hay que pensar que la red o la internet es un medio más por el cual el derecho de autor se expresa y esta nueva forma de expresión o comunicación no debe limitar los derechos que tiene el autor sobre su obra, claro que hay que aceptar con el imparable desarrollo digital aparecieron nuevas formas de infringir las obras protegidas, sobre lo cual podemos decir que antes también existían formas de eludir estos derechos como por ejemplo el caso de la copiadora, la cual representó una amenaza a las obras protegidas al ser el medio por el cual se reproducían obras, es decir siempre ha estado en constante incertidumbre el derecho de autor, aún cuando las normas de cada país han regulado situaciones para evitar infracciones.

La difusión de contenidos de obras en internet hoy en día representan el gran avance al cual debemos adaptarnos, habiendo nuevos desafíos para los autores y para las leyes que protegen sus derechos, pues al estar en la red el contenido se vuelve un material importante de comercio, siendo así que, con las nuevas formas de protección se busca superar las infracciones que van en perjuicio de los autores y de los derechos conexos tanto en cuanto se puede hablar de una evolución del Derecho de Autor como tal, pues hay que tomar en cuenta que ya no hablamos de copiadoras físicas independientes, ahora se trata de una copiadora que está en todo el mundo y para todo el mundo, es la internet, la cual puede llevar a un trastorno a los usuarios por acceder a contenidos que están bajo la protección de los derechos de autor.

“El 20 de Diciembre de 1996 en Ginebra, se convocó a una conferencia, la cual tenía como objetivo la revisión del Convenio de Berna basados en el desarrollo tecnológico, como producto de ésta reunión surgieron los tratados de internet WCT

(Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor) y WPPT (Tratado sobre interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas), con la necesidad de proteger los derechos de autor y conexos en las nuevas tecnologías, como consecuencia de las innumerables e incontrolables infracciones producidas en la internet como consecuencia de las nuevas formas de explotación digital; en sí estos tratados tiene como puntos de protección en el campo de Derecho de Derecho de Autor a”¹⁴.

- Los programas de ordenador.
- Las bases de datos.

Además, los tratados OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), conocidos también como los tratados de internet, se adecuan a la problemática que se vive en la red, por lo que prevé recursos jurídicos contra las acciones, como lo son:

- Medidas tecnológicas de protección.
- Modificación de la información sobre gestión de derechos.

Con los tratados de la OMPI, ya se empiezan a manejar conceptos como el de la reproducción y la comunicación pública, los cuales ya fueron definidos en párrafos anteriores.

La actual era digital y su desarrollo tecnológico como la desmaterialización para el uso y transmisión de la información han permitido que las nuevas tecnologías de la información y comunicación evolucionen, por lo que es necesario establecer acuerdos internacionales en el campo de Derechos de Autor.

Estos tratados versan y regulan las obligaciones concernientes a las medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos en el entorno digital, sobre lo cual protegen los derechos de los titulares de las obras que circulan en la red, por lo que cada legislación debe prever la protección de los derechos de los titulares de la obra para estar de la mano con los Tratados de Internet en cuanto a las medidas tecnológicas de protección se refiere, por lo que

¹⁴ Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

deben evitar la coexistencia entre los dispositivos decodificadores y el usuario, de tal forma que no exista elusión de las medidas tecnológicas de protección, así como toda acción del usuario o cliente que vaya en contra de la información sobre gestión de derechos.

Estos tratados permiten que la obra que circula en la red pueda estar protegida en todos sus aspectos, para que el autor pueda publicar el contenido de la misma con la confianza necesaria para poder someter al conocimiento del usuario, es decir, la OMPI incluye expresamente la divulgación de las obras protegidas por el Derecho de Autor y Conexos en la internet ya que el Convenio de Berna no regulaba el tema en el entorno digital, tomando en cuenta que la tecnología y su desarrollo han impuesto nuevos desafíos respecto a la protección de las obras en la red, siendo así que pueden ser susceptibles de infracción en el entorno digital.

Por lo que los Tratados de Internet en mención asumen la regulación y ampliación de los principios jurídicos que sustentan a la Propiedad Intelectual, actualizando los mismos a los nuevos retos de la tecnología.

Ambos tratados se encuentran vigentes, sin embargo no hay una protección detallada, es decir no se dice exactamente los actos que se encuentran prohibidos, pues como ya se menciona cada país debe adoptar medidas que se complementen con las regulaciones de los Tratados de Internet, ya que que no dice nada respecto de la fabricación y comercialización de los dispositivos técnicos.

Al final de cada normativa se encuentra las posibles situaciones que por autorización del autor o por permiso de la ley, se puede eludir una medida tecnológica.

Los Tratados de Internet de la OMPI, han alcanzado sobrellevar y consolidar algunos temas de carácter internacional, de tal manera que le brindan mayor seguridad jurídica al contenido que transita en la red, llevando a cargo definiciones y sus alcances en el medio digital.

“Gracias a los Tratados Internet, ha quedado definido que una transmisión digital del contenido implica la realización de una copia, cuando menos en el punto de

recepción. De hecho, cuando se accede a una obra protegida a través de un servidor y un usuario recibe una copia, se puede invocar el derecho de reproducción y no el de distribución (en definitiva esa es la postura que se tomó en la primera de las Declaraciones Concertadas anexas al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o WCT).»¹⁵

Otro aporte de los Tratados de la OMPI es reafirmar que la reproducción es el solo hecho de almacenar en un medio electrónico el contenido, y la comunicación al público que son transmisiones en la red a las cuales el público accede en cualquier momento y lugar.

Se puede decir que los Tratados de la OMPI, responde a problemas que se presentan en la nueva era digital, representando una gran contribución a los derechos de autor y conexos; además que, también se habló sobre el acuerdo de autorizar por parte de los titulares de las obras para que se transmitan las mismas y sus derechos conexos, con las reserva de excepciones.

En los Tratados de la OMPI, se analizó el tema de la “Solución global”, que versa sobre la libertad que se dejó a las diferentes legislaciones para la elección de los derechos aplicables, ya que no se llegó a un acuerdo para reconocer la naturaleza del derecho, es decir no se acordó si se trataba de un derecho de comunicación pública o del derecho de distribución; además que cada legislación nacional debe establecer los límites y excepciones que le son adecuadas respecto del entorno digital, sin que esto implique que se reduzca o se extienda lo que el Convenio Berna dice al respecto de las limitaciones y excepciones.

Se puede decir entonces que los Tratados de la OMPI, buscan encontrar la responsabilidad de los proveedores de servicio y acceso a la red, por lo que también se aborda el tema de las medidas tecnológicas de protección como ya se menciono en párrafos anteriores, las cuales son otorgadas por los titulares de los derechos y de la mano va cada legislación nacional que regula la protección de esas medidas y su respectiva normativa, éstas medidas representan un gran logro para combatir las infracciones en la red; sin embargo hay polémica al respecto,

¹⁵ Carlos Fernández Ballesteros, El derecho de autor en el ámbito digital. Tratados Internet., Buenos Aires, 2005.

cuando se dice que éstas medidas afectan al fair use (uso honesto) o al límite de la copia privada, pues aseguran que el público está siendo restringido a la cultura e información.

En sí, son grandes avances para la nueva era todo lo mencionado de los Tratados de la OMPI, que el centro de todo fue por la Agenda Digital, la cual coadyuvó brindándole un rejuvenecimiento total a Berna.

1.5.1 (WCT) Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA)

Este tratado guarda estrecha relación con el Convenio de Berna, por lo que su relación es de carácter directa, *“el convenio de Berna reconoce a favor de los autores el derecho exclusivo de autorizar cualquier forma de comunicación al público de sus obras, incluso la radiodifusión.*

En similar sentido, el artículo 8° del Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor del 20 de Diciembre de 1996 (conocido por su sigla en español como Toda y en inglés como WCT) establece a favor del autor o titular la posibilidad de comunicar públicamente por medio del denominado derecho de puesta a disposición una obra mediante la red mundial de información (Internet), y autorizar cualquier forma de comunicación, incluida la radiodifusión de obras por medios alámbricos o inalámbricos”¹⁶.

Este tratado se ocupa de los derechos de distribución, alquiler y comunicación al público, brindando protección a las creaciones intelectuales, además, menciona que lo consagrado en el Convenio de Berna sobre la reproducción es totalmente aplicable al entorno digital, en particular a la utilización de las obras digitalmente.

Aparecen nuevos objetos de protección, pues ya menciona la protección respecto de los programas de ordenador, pero a diferencia de ADPIC (en los programas de ordenador solo manifiesta a los programas de fuente y los programas objeto), WCT, lo hace de una manera más generalizada pues admite al programa de ordenador en cualquiera que sea su forma de expresión, al igual que la base de datos la admite en cualquier forma.

¹⁶ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 18.

1.5.2 (WPPT) Tratado de la OMPI sobre Interpretación O Ejecución y Fonogramas (TOIEF)

Aquí se menciona un derecho muy importante, el cual es el derecho de la remuneración en este caso para aquellos que interpretan, ejecutan o producen fonogramas por la utilización de la radiodifusión ya sea en forma directa como indirecta pero ésta última es de forma simultánea; por lo que este tratado busca proteger los derechos conexos a los derechos de autor, dándole más amplitud a los derechos amparados en la Convención de Roma de 1961, siendo así que solo los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta disposición del público, alámbrica o inalámbricamente.

Además, introduce reglas internacionales para adecuarse a los aspectos económicos, sociales y culturales dentro del desarrollo de las tecnologías, por lo que se pone en análisis los derechos de la información que se contraponen con las nuevas tecnologías y la protección de los derechos de propiedad intelectual, ajustando la necesidad y el equilibrio entre los derechos de los productores de fonogramas, intérpretes y ejecutantes con los derechos de la sociedad en cuanto a la información llevando consigo la educación y la investigación.

Manifiesta además este Tratado (WPPT), que el concepto de reproducción concebida en el Convenio de Berna, aplica para interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital.

Pone de manifiesto este tratado que, los fonogramas anteriormente solo se consideraban tales como aquellos que se generaban de una interpretación u otros sonidos, pero ahora incluye en este concepto a aquellos sonidos que han sido producto de representaciones digitales que antes no existían y que con los nuevos medios electrónicos estos cobraron vida.

En cuanto al goce de los derechos morales de los artistas intérpretes y ejecutantes, reconoce pero con un nivel no tan elevado como la protección de los derechos morales del autor en Berna.

La disposición al público en este Tratado tiene una particularidad, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos se entiende que la obra es publicada con fines comerciales; además del derecho de disposición al público, se otorgan derechos que ADPIC contempla como es la distribución y alquiler, para los productores de fonogramas.

Concluyendo de los Tratados de Internet de la OMPI, *“cuatro son los aspectos que en este trabajo se considera importante. Todos ellos se refieren a derechos y obligaciones que permiten construir una base sólida para la protección de contenidos en este nuevo ambiente:*

- 1. Extensión del derecho de reproducción en el ámbito digital.*
- 2. El nuevo derecho de puesta a disposición de los contenidos.*
- 3. Las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección (TPM por sus siglas en inglés: Technological Protection Measures).*
- 4. Las obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos de autor (RMI por sus siglas en inglés: Rights Management Information)”¹⁷.*

¹⁷ Mónica Torres, El derecho de autor y las tecnologías de la información y la comunicación, CERLALC, Octubre 2008.

CAPÍTULO 2:

2.1 El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en la Sociedad de la Información.

2.2 La Referencia a las infracciones que podrían afectar a los Derechos de Autor y los derechos conexos en general en la red. Derechos de Autor Afectados.

2.2.1 La era digital.

2.2.2 Atentados en la red.

2.2.3 Redes P2P.

2.2.4 Perjuicio de un tercero en redes P2P.

2.2.5 Ánimo de lucro en redes P2P.

2.2.6 Derechos de Autor afectados.

2.3 Las Medidas Tecnológicas de Protección de las Obras y la Información sobre la Gestión de los Derechos

2.1 EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

Los innumerables cambios de las tecnologías de información han sido objeto de análisis de los últimos tiempos, lo cual ha generado que se introduzcan regulaciones específicas ente los derechos de autor, los deerechos conexos y la sociedad de la información.

Con la aparición de la sociedad de la información, las excepciones o el uso legítimo de los derechos de autor entran en cuestión, puesto que el nuevo contexto digital trae nuevos retos, pues ahora existe la circulación mundial de contenidos que están protegidos por los derechos de autor y conexos o del copyright, tomando en cuenta que cada legislación nacional prevé una protección para las obras y sus titulares, por lo que cabe preguntarse cuál sería el régimen legal a aplicarse, ya que aquí se presenta un caso de internacionalidad de las obras, provocada por la globalización y como consecuencia de esto el desarrollo de nuevas tecnologías lo cual desemboca en la sociedad de la información.

La sociedad de la información ahora es una forma de vida social, cultural y económica, siendo por tanto las obras protegidas objeto de comercio, y por la misma razón que nadie gobierna la internet, es importante que cada país preste atención de las actuaciones que se dan en la red, pues en cualquier parte del mundo se puede hacer conocer una obra protegida por los derechos de autor y desde cualquier otra parte del mundo se puede tener acceso a las misma, con lo cual implica que existen nuevas formas de infringir los derechos de autor, estas infracciones se dan cuando una personas que no es el autor de la obra explota los derechos de la obra sin ninguna autorización por parte de su titular, por tanto en cualquier lugar y a cualquier hora se cometen infracciones a los derechos de autor, tomando un carácter internacional en función del ciberespacio.

Mediante códigos, sonidos o imágenes, que son los formatos por los cuales está estructurada la tecnología digital, se ponen los contenidos a transitar por medio de la gran autopista de la información, llegando a cada parte del mundo e informando

a cada usuario y ese usuario multiplica esa información mediante el intercambio o transferencia de archivos como ocurre en las redes P2P, por lo que se origina una contraposición de intereses, siendo indispensable encontrar un punto neutro entre proteger las obras por los derechos de autor y brindar acceso a los usuarios de los contenidos, afirmándose entonces que el derecho de autor se empieza a ver cuestionado con la aparición de las nuevas tecnologías.

Con el surgimiento de la sociedad de la información como menciona Agustín Grijalva se ve *“una posibilidad de democratizar el conocimiento...hay quienes lo ven como un fluido y sin cadenas....otros lo perciben como un mercado sin límites”*¹⁸; se puede ver que hoy en día los derechos de autor y conexos tienen una gran importancia económica en la sociedad de la información por lo que para quienes fomentan la creatividad su protección es un incentivo para la innovación, no obstante otros rompen esa protección y solo mercantilizan obras sin permiso alguno.

El vínculo que existe entre la red y el derecho de autor, genera una distorsión al momento de ser aplicado en la era digital, pues entran al escenario derechos constitucionales como la cultura, información y libertad de expresión, por lo que se busca el balance y una mutua limitación entre los derechos que se contraponen, pues ninguno se puede excluir.

La tendencia por extender el tiempo de protección de los derechos de autor y conexos en la red se ha incrementado disminuyendo la posibilidad del fair use o uso honrado de las obras que se encuentran protegidas, no obstante no se debe dejar de apreciar a los derechos de autor y conexos como una institución útil para el desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad, ya que imparte el conocimiento el cual es importante para la evolución de la sociedad, por lo que se debe ver que los autores y los artistas, intérpretes y ejecutantes necesitan de protección de sus derechos para obtener el incentivo necesario para seguir innovando y enriqueciendo el conocimiento del usuario, siendo justo que las obras que se

¹⁸ Agustín Grijalva Jiménez, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Corporación Editora Nacional, Ecuador.

encuentran inmersas en la sociedad de la información reciban un reconocimiento social y económico.

Merece anotar que las obras de derechos de autor y conexos en la sociedad de la información si bien merecen protección, esa protección no debe rebasar niveles extensivos, pues debe existir un aprovechamiento de la obra en la red, lo que al mismo tiempo una protección débil serviría de desmotivación para que el autor ponga su obra en la red, es decir deben coexistir la protección de los derechos que existen sobre la obra con los derechos constitucionales que en párrafos anteriores se menciono, pues de debe tomar en cuenta las palabras de Agustín Grijalva cuando dice:

“en una economía en que un alto componente del valor agregado está dado por la tecnología y en general la información incorporada, el carácter de bien público propio de la información se vuelve evidentemente problemático. El producir información requiere con frecuencia significativa inversiones....Paradójicamente, con las nuevas tecnologías, reproducir esa información resulta fácil y barato”¹⁹.

Por tanto se debe tomar en cuenta que la internet es un gran punto de partida para que los titulares de derechos de autor y conexos de las obras puedan hacer seguimiento del destino de sus obras, ya que el mismo sistema de la sociedad de la información, permite que el autor pueda escoger las condiciones en las que expone su obra al público, mediante las medidas tecnológicas de protección.

Sobre lo dicho pongo además las palabras de Mónica Torres: *“La naturaleza de los bienes y servicios protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos permite que se den dos tipos de comercio electrónico con ellos: el indirecto, que utiliza Internet únicamente como canal de promoción, mercadeo, oferta, e incluso de pago de estos productos y servicios, pero su distribución o realización del servicio debe hacerse de manera física; y el directo, en el que todo el proceso de*

¹⁹ Agustín Grijalva Jiménez, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Corporación Editora Nacional, Ecuador.

comercialización se da en línea, incluyendo el pago y entrega del producto o la realización del servicio”²⁰.

La relación que existe entre los derechos de autor y conexos con la sociedad de la información es totalmente directa, dado que en la red circulan innumerables obras, pero la difusión y exclusión de las mismas revelan que su esfuerzo creativo debe ser invertido pero sin monopolios que eliminen la vida cultural de una sociedad, pues el objetivo de la obra es que sea conocida y reconocida por todos mas no limitada e inaccesible, por lo que se puede ver en el Convenio de Berna que se encuentra contemplado el sistema de licencias obligatorias de obras que son para uso escolar y de investigación, es decir siempre hay una forma de solventar que el público o el usuario final no se quede desinformado del contenido que beneficia a su conocimiento, cobrando vida el concepto de los usos honrados, entiéndase a éstos como aquellos que se facultan para el acceso de la obra de forma temporal sin que eso represente un perjuicio en la explotación normal del contenido de la obra.

Con esto podemos hacer referencia que existe ya una iniciativa que regula los derechos de autor y conexos en la red, pues en el capítulo anterior se abordó los Tratados de Internet de la OMPI, extendiendo los derechos de autor y conexos en el ámbito digital, dentro del cual permite la aplicación de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor y conexos en la sociedad de la información.

La relación de los derechos conexos en la sociedad de la información, se da porque en ella se encuentran difundidas interpretaciones, ejecuciones y grabaciones, siendo así que así que al momento en que se afecta a los derechos de autor, los derechos conexos también resultan afectados.

Es menester analizar los derechos de autor y conexos que se encuentran inmersos en la sociedad de la información y sus desafíos: derecho de reproducción ya sea directa, indirecta, provisional o permanente; el derecho de

²⁰ Mónica Torres, El derecho de autor y las tecnologías de la información y la comunicación, CERLALC, Octubre 2008.

comunicación pública ya sea por medios alámbricos como inalámbricos, para que se realice la comunicación al público el usuario elige el momento y el lugar para acceder a la obra, es decir excluye la idea de considerar comunicación pública a un programa el cual ya está determinada su transmisión a un grupo específico de personas, la comunicación pública involucra una conducta individual y siempre los actos de comunicación pública quedan sometidos a la autorización del titular de la obra a que la misma se encuentre en la red.

Otro derecho es el de distribución, pero este derecho no es aplicable dado que por su naturaleza la distribución se ejerce sobre un material tangible y no sobre copias digitalizadas.

Los derechos de autor y conexos han sido impactados con el surgimiento de las nuevas tecnologías, no obstante los principios básicos de la materia se conservan y se aplican para el entorno digital; con la sociedad de la información se generan nuevas formas de explotación de las obras *“desde la conversión de contenidos del formato tradicional o análogo al sistema binario, el almacenamiento en soportes electrónicos adecuados para su transmisión al público, bien sea off-line (soporte material, diskettes, CD-Roms, papel) u on-line (transmisión de datos en línea hasta un computador que se encuentre conectado a través de la Red); la fijación mediante soporte electrónico de contenidos en un servidor conectado a la red (uploading), desde donde son accesibles al público; la visualización de estos por el usuario en su computadora (downloading); y la transmisión de obras en la red mediante acceso on-line, todos constituyen actos de reproducción y/o de comunicación pública, según proceda, y como tales deben ser previamente autorizados por su titular.”*²¹

Los derechos de autor y conexos para poder ser parte de la sociedad de la información deben tener seguridad jurídica por parte de los cuerpos normativos que rigen cada país, pues una vez más se trae a colación los Tratados de Internet de la OMPI, que han servido de impulso para poder brindarle protección a los

²¹ Mónica Torres, El derecho de autor y las tecnologías de la información y la comunicación, CERLALC, Octubre 2008.

derechos de los autores y conexos que actualmente circulan en la red, de la mano vienen las medidas tecnológicas de protección como medios de solución para evitar que se acceda a una obra determinada sin autorización previa del titular de la obra.

En este ámbito también podemos ver que surgen los sistemas de gestión digital de los derechos de autor en la red como el Digital Right Management (DRM), que incorpora medidas tecnológicas de protección o sistemas de identificación de contenidos, estos sistemas de identificación de contenidos no son más que aquellos que dan toda la información que el autor desea que aparezca en su obra, pero a diferencia de las medidas tecnológicas, el sistema de identificación de contenidos no protege que la obra sea usada ilícitamente.

Los sistemas que son creados en la sociedad de la información para la protección de la obra y de los derechos que derivan de ella, operan específicamente para resguardar que el contenido sea comercializado de la manera correcta sin ilícitos, por tanto el autor elige en qué forma se accede al contenido de su obra.

No está demás mencionar que deberían existir medidas de observancia, en las que los derechos de autor y conexos en la red se vean protegidos y de ser el caso se analice la responsabilidad del servidor de servicio de internet, para controlar las explotaciones no autorizadas de las obras en la red.

La sociedad de la información nos trae nuevas necesidades una de ellas es implementar una sociedad de gestión colectiva en el entorno digital, de tal forma que debería hacer posible el acceso eficaz de la obra con el debido derecho de remuneración que tiene el titular de la obra; a entender de Mónica Torres, existen varias propuestas en las cuales se optimizaría esta gestión y son:

- *Licencia multiuso: Mediante el otorgamiento de una sola licencia se autorizan todas las explotaciones necesarias que demanda el ámbito digital.*

- *Licencia multiterritorio: En el mundo on line sólo tiene sentido el otorgamiento de autorizaciones globales y no para un sólo territorio.*
- *Interoperabilidad: Necesaria para la circulación de los contenidos protegidos, no puede exigirse al usuario cumplir con los requisitos para el acceso legítimo y obligarle a contar con un dispositivo especial para materializar tal acceso. Igual criterio debe aplicarse a los sistemas de información sobre la gestión de derechos, que deben ser susceptibles de utilizarse sin importar cuál sea el dispositivo y el tipo de formato, como en el mundo analógico se ha conseguido adecuadamente en las obras literarias mediante el código ISBN.*
- *Normas de Gobierno: normas mínimas de gobierno de las sociedades de gestión en las distintas categorías de obras.*

Según Alberto Bercovitz las nuevas tecnologías han dado nacimiento a obras como bases de datos y obras multimedia, así también se facilita la reproducción, la comunicación al público desde la red, como por ejemplo el escaneo de documentos.

“Esta confluencia de tecnologías, básicamente tiene que ver con un proceso sustentado en tres hechos: la digitalización de la información, los programas de ordenador y las redes de transmisión de banda ancha.”²²

Al hablar de digitalización podríamos entender a la desmaterialización del contenido y esa digitalización reproduce a la obra como si fuese el original, para digitalizar una obra el contenido de la obra es convertido en un código aritmético binario es decir, ceros y unos denominados bits, la digitalización constituye un acto de reproducción aún cuando por su lenguaje no sea reconocido o percibido por el entendimiento humano y sus sentidos; el software es la estructura que sostiene las obras digitalizadas y de la misma forma su reproducción y transmisión, es decir, es la que emite señales al ordenador; por último, la banda ancha es la que permite mayor eficacia y rapidez para la transmisión de la información.

²² Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 189.

Las combinaciones de los diferentes elementos que conforman la red, permiten que se origine la autopista de la información, en la cual los usuarios pueden acceder a todo tipo de contenido desde que cualquier lugar y hora.

Otro punto de importancia en este análisis es el tratamiento del derecho moral en el entorno digital, *“Desde las perspectiva del derecho moral, es inevitable mencionar que la tecnología digital combinada con las autopistas de la información ofrece al usuario la posibilidad para interactuar y transformar las obras protegidas. En la tecnología digital, todas las copias son idénticas a la primera, constituyendo una seria amenaza al derecho moral de integridad de las obras.”*²³, por lo que se puede colegir que, aún cuando la red es otro medio por el cual las obras se expresan no cambian los derechos que existen, solo se amplían, y eso significa que aún cuando están en la internet no pueden ser las obras modificadas, pues cada usuario tiene derecho de acceder al ejemplar de original en su expresión, por tanto es totalmente válido que el autor reivindique la paternidad que posee sobre la obra, además Antequera dice que el derecho de divulgación de la obra también es parte del entorno digital, por lo que puede decidir mantener la obra en el inédito o divulgarla, concluyendo que el derecho de autor y sus derechos conexos no se obstaculizan con la nueva era, al contrario se amplían en su nueva forma.

2.2 LA REFERENCIA A LAS INFRACCIONES QUE PODRÍAN AFECTAR A LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN GENERAL EN LA RED. DERECHOS DE AUTOR AFECTADOS.

2.2.1 La era tecnológica digital:

La globalización trajo nuevos retos a los derechos de autor y a sus derechos conexos, pues aparece la tecnología, que trajo consigo cambios en la publicación de las obras, es decir otra manera de poner al alcance y disposición de los usuarios, porque antes se accedía a las librerías en el caso de las obras literarias o tiendas musicales si se trataba de música o películas, ahora hay una absoluta elección por la era digital, pues el público consumidor o usuario accede a la

²³ Bercovitz, Alberto: Opus cit., pág. 81.

información que desea desde su casa y lo adquiere ya sea gratuitamente o con un costo, que de cierta manera representa un beneficio para el consumidor final puesto que tiene la información a la mano con un solo clic; claro que no es menos importante mencionar que la era digital también representa un beneficio al autor, porque tiene más opciones de publicar su obra o su creación, teniendo la facilidad de hacer llegar su obra a cualquier parte del mundo, beneficiando tanto al pequeño como al gran comerciante, intercambiándose la información con resultados eficaces; es también innegable que podemos visualizar a la internet como una extensa biblioteca o librería en la cual podemos explorar muchos ámbitos y más aún si la internet está disponible a cualquier hora y a nuestra disposición.

Al momento en que partimos de la idea de que la internet esta a nuestra disposición también podemos imaginar que toda su información también está al mismo alcance, pero aquí marca ya ciertos parámetros que se deben mencionar por su enorme importancia; pues bien, como sabemos no toda la información que la internet contiene es de orden público, también existe la información de carácter privada, tan privada que para obtenerla se debe pagar un justo precio, ese justo precio debe contener las regalías al pago del derecho de autor y conexos, por lo que desde esta premisa podemos decir que la propiedad intelectual no es gratis en la internet, y en ningún lado; la propiedad intelectual exige una remuneración justa por el esfuerzo que en este caso los autores o titulares de la creación han hecho para llegar al producto final que el usuario o público consumidor pretende obtener.

Por lo que dos derechos sumamente importantes se contraponen; pues, el derecho de autor y sus derechos conexos vs el derecho a la información y cultura de la sociedad, aparentemente el acceso a las obras o contenidos que se encuentran en la red es libres y gratuito, sin contar que hay derechos patrimoniales existentes, pues la internet trajo nuevas formas de explotación de las obras digitalmente, provocando discusiones en el Comité convocado por la OMPI, de tal forma que los conceptos se han ampliado con la nueva participación digital, tal es el ejemplo de la comunicación pública, pues en este medio no está incluido la distribución de ejemplares sino que todo es por medio de la red, ya sean inalámbricos o alámbricos, siendo la sola transmisión de la obra en la red un acto

de comunicación pública, y para que se dé la comunicación pública debe haber consentimiento del autor de la obra que cursa en la internet.

En el Ecuador y en el mundo, ha llegado la internet, con nuevas alternativas y así mismo con nuevos desafíos, en el sector comercial tecnológico, como beneficiarios de la red, podemos encontrar a los prestadores de servicios de internet. En este campo a los derechos de autor se le ha dado la clasificación de bienes inmateriales o incorporeales, enmarcados en la Propiedad Intelectual, otorgando a los autores la tutela de sus derechos desde normas nacionales como la Ley de Propiedad Intelectual y la Decisión 351 de la CAN hasta normas internacionales tales como el Convenio de Berna, ADPIC y los Tratados de Internet de la OMPI.

El software, está protegido mediante la Ley de Propiedad Intelectual en la parte concerniente a Derechos de Autor; la Decisión 351 de la CAN, autoriza al adquirente el derecho de la copia privada, esto es una excepción a los derechos de autor, pues le faculta obtener una copia para su uso privado o seguridad, no obstante esta decisión no menciona nada al respecto de los usos en la red, sin embargo se admite cualquier forma o medio por el que se da a conocer la obra, es decir que el medio digital es totalmente aceptado.

Con esta nueva y gran herramienta que es la internet, se dio paso de la redes analógicas hacia las redes digitales, en las cuales es más difícil reconocer una obra original de una copia de la misma; siendo así que ahora también cuenta la intención del usuario respecto de una obra.

La nueva sociedad de la información ha traído de la mano a las nuevas formas de recopilar, almacenar y transmitir la información, obteniendo como producto, el aumento de la demanda de la sociedad moderna, ya que ha cambiado la tradicional entrega de las obras por la descarga de las mismas a través de la red.

Con la internet surgen nuevas formas de explotación que pueden ser causa de infracción al patrimonio del autor, siendo necesario ratificar los derechos que el autor tiene en su obra respecto de la nueva era digital, para evitar el daño que se ocasiona por terceros, ya sea de forma directa como indirecta, por lo que la misma

ley debe ir avanzando al igual que la tecnología al momento de proporcionar protección al autor y a los que poseen los derechos conexos, respecto de la obra.

2.2.2 Atentados en la red:

El constante intercambio de bienes por medio de la red, trae consigo nuevas circunstancias en el Derecho de Autor y sus derechos conexos, hoy en día la piratería ha sido un elemento muy pesado para atropellar los derechos reconocidos a los autores y afines en la ley y convenios internacionales, siendo así que los usuarios de la internet juegan un papel fundamental en la realización de éstos hechos poniendo en aprietos a los autores de las obras, además de los programas que permiten compartir obras sin pagar luego las regalías al autor.

Existen tantas formas de comunicar las obras como violaciones a los derechos de autor y conexos a través de la red, por lo que resulta necesario resaltar conductas que Wilson Ríos ha separado para ayudar en este análisis, como con:

“1. Upload: es decir, la introducción o carga de contenidos y su puesta a disposición en la red.

2. Download: descarga o almacenamiento de contenidos en la memoria interna del computador o en la memoria aleatoria (almacenamiento temporal o permanente).

3. Digitalización: pasar de un texto análogo o plano a un texto digital determinados contenidos o informaciones.

4. Violación de medidas tecnológicas de protección: por ejemplo, señales indelebles, claves de acceso, passwords, firewalls, sistemas de cifrado y criptografía (SSI-SET), firmas digitales, certificados digitales, huellas o tatuajes digitales y marcas de agua.”²⁴

Partiendo de la idea de que la Declaración Universal de los Derechos humanos ha reconocido el Derecho de Autor como un derecho humano fundamental, y no es por coincidencia que se reconocen como tales, pues las obras se encuentran conectadas con los derechos de la personalidad del autor y a los derechos

²⁴ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 418.

laborales, y estos dos derechos son parte de la vida y de la dignidad del autor por cuanto no deben ser vulnerados.

Muchas de las personas que participan en esta clase de delitos, tienen una capacidad de acceder a información que bien puede ser sensible como privada, o puede ser accesible al público pero pagando el debido precio, los sujetos que intervienen apuntan beneficiarse a costa del esfuerzo de terceros.

Además se debe poner atención al acceso no autorizado a la información, pues en este caso el creador de la obra es quien debe autorizar ese acceso, de otra manera es evidente que la persona que acceda a esta información sin permiso está utilizando la internet de forma ilegítima.

En lo que respecta a las diferentes formas de violar los derechos de autor a través de internet, reuniendo los elementos subjetivos de la conducta típica que son el ánimo de lucro y el perjuicio de un tercero, tenemos el plagio en el cual no es suficiente la usurpación del contenido ajeno, sino que además se debe incurrir en la infracción de un derecho de explotación; ya sea reproducción o comunicación pública.

Mariano Jiménez Huerta, dice: *“la tutela del patrimonio de las personas estaría incompleta si no se tutela el fruto de la inteligencia humana, como es su obra literaria, artística o científica, frente a las acciones humanas que tienden a usurpar el señorío que el autor y el inventor tienen según derecho natural y las leyes positivas, sobre sus creaciones literarias, didácticas, científicas e industriales”*²⁵

La protección que se otorga al Derecho de autor a través de la ley, convenios internacionales, jurisprudencia y doctrina, es con el fin de encontrar un balance entre los derechos que debe gozar el autor de la obra y el derecho a la información y cultura que tiene la sociedad.

2.2.3 Redes P2P

²⁵ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, t.IV, México, Edit. Porrúa, 1973, pág.329.

Las Redes P2P son nodos que conforman una red, al igual que las vértebras conforman la columna vertebral, por lo que implica que los usuarios conectados compartan información.

Podemos mencionar también a las redes P2P (peer to peer), permiten la descarga y puesta a disposición de la información a terceros, respecto de obras protegidas. Ahora, resulta dudoso el tema de la responsabilidad en este campo, puesto que deberíamos analizar la conducta de la persona que está atrás del servidor como la persona que viene en último lugar que es el usuario, quien después de obtener la información a través de esta red, podría estar encajando en las conductas típicas de reproducción de la información o de la obra protegida.

Hay que tomar en cuenta que se puede hablar de licitud como ilicitud dependiendo del uso que se le dé a la copia obtenida, pues hay que valorar que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa.

2.2.4 Perjuicio de un tercero en redes P2P:

En regla general, al referirnos al elemento típico “en perjuicio de un tercero”, debemos entender al titular de los derechos de propiedad intelectual, que en inicio sería el autor de la obra o quien haya sido transferido como titular y a todos aquellos formaron parte del proceso de comercialización de la obra, hasta los titulares de derechos de explotación de la obra; se puede ver que “en perjuicio de un tercero” abarca una pluralidad de sujetos.

Para que podamos hablar de perjuicio de un tercero, tendríamos primero que considerar que por parte del autor de delito o atentado, hubo voluntad o ánimo de perjudicar paralelo al ánimo de lucro, a menos que no llegue a producirse quedando finalmente como tentativa, evitando la intervención del derecho penal.

Sin embargo la expresión dice “en perjuicio de un tercero” no dice “con perjuicio de tercero”, es decir que la acción debe ser idónea para que se produzca el perjuicio de un tercero pero no exige efectivamente que se la haya causado; por lo que se le puede ver a esta expresión como un delito de peligro hipotético, es decir toma en cuenta la posibilidad del peligro; además, la expresión “en perjuicio de un tercero”, ha sido criticada en cuanto a la técnica legislativa, pues además de ser

vista como parte de un delito de peligro hipotético. En la mayoría de los casos de redes P2P, se obtienen resultados impunes, puesto que se sostiene que los usuarios que son parte de estas redes, alegan que obtienen la información a manera de límite de copia de uso privado, por lo que exige una valoración de la acción sobre el nivel de la idoneidad para lesionar la obra o el bien jurídico; no obstante, es cuestionable, pues al poner a disposición de terceros está facilitando una difusión incontrolada de información que no está autorizada, quebrantando los dispositivos digitales protectores de la información, siendo idóneo para lesionar el derecho de autor, a través de los derechos de explotación, aún cuando no se trate de una actual información. La persona que en un inicio pone a disposición al público está actuando de una manera omisiva, pues si bien es cierto se le puede ver como un acto positivo poner a disposición del usuario información, sin embargo las cosas cambian de dirección al no impedir la expansión de la obra, siendo punible por omisión, puesto que acaba de crear en la red, una situación de riesgo sin control y sin autorización debida del titular, pues al momento de omitir, inmediatamente involucra la información o la obra en un evento de descarga ilegal.

2.2.5 Ánimo de lucro en redes P2P:

El ánimo de lucro se podría ver más desde el punto de vista de que un sujeto recibe algún tipo de beneficio económico, al momento en que las obras protegidas por el Derecho de Autor son descargadas ilegalmente desde su ordenador.

El ánimo de lucro se ha visto en la legislación española como un beneficio o ventaja desde cualquier punto de vista, no necesariamente debe ser patrimonial, pero la Fiscalía española no expresa lo mismo, pues discrepa al manifestar que el ánimo de lucro debe entenderse dentro de los delitos patrimoniales es decir lucro comercial, enmarcados en una actividad empresarial; pues para que se dé una protección penal, debe ser el beneficio con fines comerciales, sin embargo todavía se discute lo que engloba el ánimo de lucro.

2.2.6 Derechos de Autor Afectados:

El fenómeno de las nuevas tecnologías, trae consigo nuevas formas de infringir contenidos alojados en la red, por lo que es necesario conocer los tipos de obras

que han surgido con el advenimiento de la tecnología digital y que entre otras, pueden ser susceptibles de infracción en la red o internet, son:

- El software o programa de ordenador: Dirige al ordenador para que realice sus funciones, el cual está manifestado en un lenguaje diferente al humano, además es importante mencionar que el software está protegido en el Ecuador como obra literaria, su protección va más allá de si está o no incorporado a un ordenador, toda su estructura goza de protección. Alberto Bercovitz, menciona que la inclusión del software como obra, es por la protección que debe tener a nivel internacional.
- Las bases de datos: Son compilaciones de datos o información, en este caso digital porque también se puede representar de forma analógica. *“La protección que otorga el derecho de autor las bases de datos, no abarca a los datos o materiales contenidos en la compilación y, aunque actualmente es un hecho controvertido en los niveles doctrinal y legislativo, es en condición para la protección de las bases de datos el que presente originalidad en la forma de selección y disposición de los materiales compilados, en los términos establecidos en el art. 2, apartado 5 del Convenio de Berna.”*²⁶

En la red resulta fácil el acceso a las bases de datos, pues por medio de los programas de ordenador se puede reproducir las mismas, pero cobra importancia en el campo de Propiedad Intelectual momento en que debe contarse con la autorización del autor del contenido o de la obra para contemplarse en la base de datos.

- Obra multimedia: En la misma se alojan digitalmente sonidos, imágenes o textos que pueden formar parte de derechos conexos por las distintas prestaciones que intervienen, además que se necesita de un programa de ordenador para que se ejecute la obra; toda la obra en su conjunto está en la obra multimedia, siendo ésta al mismo tiempo una obra en coautoría, pues cada autor colabora con un elemento único ya sea en sonido o imágenes, es decir cada uno tiene una aportación propia respecto de la obra; al hablar de

²⁶ Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 191.

autorizaciones, cuando la obra multimedia quiere ser utilizada pero hay varias aportaciones y no se sabe a cuál de los titulares de derechos dirigirse, en aspectos generales se escoge a uno de los titulares de la obra para que represente a todos para otorgar derechos de reproducción, en el Ecuador es considerada obra en colaboración *“nuestra legislación no define quienes son los autores o titulares, independientemente de los derechos de explotación que correspondan al productor de la misma.”*²⁷

Hay quienes consideran que las obras multimedia son compilaciones, pero como menciona el profesor Esteban Argudo, no pueden ser consideradas así ya que no contienen selección o disposición de las obras preexistentes sino que constituye una nueva obra, por tanto merece un tratamiento especializado.

Otro aspecto susceptible del estudio a las infracciones a los derechos de autor y conexos, son las obras que se realizan por medio de la participación de dos o más autores, como lo son; Obra en colaboración, obra colectiva y obra compuesta según la clasificación que hace Ernesto Rengifo²⁸. En esta clase de obras los autores pueden ejercer acciones ya sea de manera individual o conjunta sus derechos morales.

- Obra en colaboración: Intervienen dos o más personas naturales en la realización de la obra, la cual no puede ser dividida porque se pierde su naturaleza, teniendo así que ninguno puede disponer libremente de la obra.
- Obra colectiva: Esta obra nace del conjunto de autores que se guían bajo la dirección ya sea de una persona natural o jurídica quien será la encargada de coordinar la publicación de la obra bajo su nombre, lo cual indica que esta persona es la responsable como tal de la obra, y por tanto llegado el caso será quien ejerza el derecho de la paternidad, es decir este representante gestionará los derechos de la obra en caso de ser infringidos.

²⁷ Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 192.

²⁸ Rengifo García, Ernesto.- Op. Cit. Pp.138 – 139.

- Obra compuesta: Esta obra tiene como origen una obra preexistente, solo que para que se dé la nueva obra no se necesita de la colaboración del autor de la primera obra, por lo que ésta a diferencia de las otras no pide un acuerdo entre los autores; no obstante se debe respetar los derechos de autor de la primera obra. Aquí cada autor ejerce sus derechos en la parte que le pertenece de su creación.

Hay dificultades que se pueden presentar cuando se realiza una obra colectivamente, pues hay múltiples personas que participan con su intelecto, como por ejemplo las compilaciones o diccionarios, en las que no siempre se puede determinar exactamente que personas intervinieron, siendo así que, la OMPI, le ha dado el mismo trato que se le da a las obras anónimas, en cuanto se refiere a revelar la identidad del autor, pues se elige a una persona natural o bien sea jurídica para que pueda ejercer los derechos que la propiedad intelectual le otorga, y los ejerce a nombre de todos los participantes en la obra.

Además existen otros tipos de obras que son:

- Obra por encargo: En la cual una persona natural o jurídica encarga a una determinada persona la realización de una obra, esta persona que contrata es decir, el contratante debe estar plenamente identificado puesto que es el que ejercerá los derechos de autor patrimoniales referentes a la explotación; mientras que, el autor se reserva siempre el derecho moral.
- Obra bajo relación de dependencia: En esta obra el empleador o comitente, es quien paga al autor para la realización de la obra; manteniendo la explotación de la obra el empleador y los derechos morales el autor.

Como ya sabemos, el autor puede elegir poner su nombre en la obra, como al mismo tiempo puede utilizar un seudónimo o el anonimato, que aún así el derecho de paternidad no lo pierde, ya sea en reproducciones, traducciones, adaptaciones, comunicación pública o arreglos.

Hemos hablado de los distintos tipos de obras, pero además de los autores quienes son los principales sujetos para reclamar los derechos que poseen frente a las obras, existe otra forma de adquirir el reclamo legítimo de los derechos

patrimoniales cuando están siendo afectados, tales derechos patrimoniales se pueden obtener mediante la licencia.

La licencia de una obra, puede ser exclusiva o no, de tal manera que debe ser expresa la forma en que se otorga, siendo así que deben estar detalladas las actuaciones que se autorizan.

2.3 LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LAS OBRAS Y LA INFORMACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS.

Las medidas tecnológicas de protección también conocidas como DRM (Digital Rights Management)) son aquellas que han sido destinadas a proteger la información que no está autorizada al acceso libre, de tal forma que el usuario que no cuente con la debida autorización no podrá hacer uso de la misma bajo ninguna forma.

Estas medidas sirven para controlar o restringir el acceso a determinada obra que está protegida por el Derecho de Autor; la autorización al acceso de la obra puede conceder el titular de la obra como la ley.

Las medidas tecnológicas de protección de las obras son usadas por los titulares de las obras como medio de control al acceso de sus obras, sobre lo cual existen dispositivos técnicos que hace posible el uso de la información solo cuando se haya cumplido con las debidas condiciones de uso del mismo, siendo así que si no se cumple con los parámetros establecidos por el titular de la obra a través de la medida tecnológica de protección, es decir si no se introduce el código o clave no hay acceso a la obra.

Hay distintas formas de echar a andar las medidas tecnológicas de protección, entre ellas se presentan:

- Las claves o contraseñas; se lo toma como un procedimiento de protección.
- Control de copia; es decir, permite la visualización de la información o de la obra como tal, pero no permite que el usuario realice algún tipo de

reproducción, impresión o descarga; o bien permite realizar un número determinado de copias de la obra o solo una copia a un usuario que se encuentre registrado.

- Control de conversión a otro formato; la información podría ser reproducida, impresa o descargada mediante otro dispositivo (interoperabilidad).
- Control de descarga: Impide la descarga de la información pero se puede visualizar en Streaming, es decir que no necesita que se descargue la información o la obra para que el usuario pueda observar el contenido.
- Spoofing: Se sube a la red copias falsas del contenido de una obra o información en particular para confundir a aquellos que tratan de descargar información protegida por los derechos de autor y conexos en la red.
- Marca de agua digital: Contiene un mensaje oculto o no en la obra digital que versa sobre la información del titular de la obra y el copyright, de ésta forma persigue a aquellos usuarios no autorizados.

Para establecer el alcance de éstas medidas tecnológicas de protección o la forma en que las mismas van a operar, se dan acuerdos de uso de licencia de la obra. El titular de la obra puede controlar las medidas tecnológicas por las cuáles sus obras serán protegidas, incorporándose una autorización indispensable por parte del titular de la obra para el usuario en las diferentes formas de explotación de la misma.

Respecto de lo mencionado el artículo 11 y 12 del Tratado de la OMPI (WCT) sobre Derechos de Autor dice:

“Artículo 11.- Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas: Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o Convenio de de Berna y que, respecto de sus obras restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley.

Artículo 12.- Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos:

1. Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquier de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de dos derechos previstos en el presente Tratado o el Convenio de Berna:

- i) Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; y,*
 - ii) Distribuya, importe para su distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*
- 2. A los fines del presente artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de la utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de éstos elementos de información estén adjuntados a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.²⁹*

De la misma manera en el Tratado de la OMPI (WPPT), sobre Interpretación o ejecución de fonogramas versa sobre la misma protección en cuanto sean las medidas tecnológicas que sean utilizadas por los artistas, intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas.

Por tanto cualquier persona que infrinja éstos derechos, está sometido a las disposiciones contenidas en los artículos mencionados, por lo que la ilicitud se puede ver reflejada si:

²⁹ TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR (WCT) (1996), Artículo 11 y 12.

- Induce, oculta, altera, suprime información electrónica que se encuentre identificada con la información sobre la gestión de derechos, sin autorización del titular de los derechos de la obra.

Las sanciones que se encuentran inmersas en estos actos ilegales pueden recaer en materia civil tanto como penal, con la debida indemnización de daños y perjuicios; además de las medidas cautelares que del caso particular se originen.

De la mano de las medidas tecnológicas de protección están aquellos sistemas creados por el usuario para eludir las mismas, utilizando de manera ilegítima su sistema para poder acceder a información que no se encuentran autorizados y como producto de esto la distribución o comunicación al público de las obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas que no han sido autorizados por sus titulares, infringiendo además la información sobre la gestión de derechos, por lo tanto esas tecnologías o sistemas de agresión a las medidas tecnológicas de protección son calificados de ilegítimos por la Digital Millenium Copyrighth Act; siendo así que, no sólo que hay violación al copyrighth sino que la creación de los programas de informática que son creados para fines ilegales son constitutivos de infracción y violación a los derechos de autor y conexos en la red.

De la misma manera la Directiva Europea pretende regular la protección a los derechos que recaen sobre los titulares de las obras conforme a lo que se refiere a la elusión de medidas tecnológicas de protección y a los servicios que se presten para la infracción.

Se debe tomar en cuenta que la creación de dispositivos que son creados con fines de elusión de medidas tecnológicas son constitutivos de infracción si han sido creados para fines comerciales, es decir que haya conocimiento sobre la infracción que se está realizando, como los casos en que el usuario es beneficiario de las excepciones, como por ejemplo el usuario disfruta de un límite pero de forma lícita, siendo así que no se le puede exigir que pase por la medida tecnológica de protección; esto, es en el caso de la Directiva Europea, puesto que el Digital Millenium Copyright Act no regula nada al respecto del fair use.

En los casos que sean creados dispositivos técnicos para la protección independiente de la información, la regulación sobre las medidas tecnológicas no aplica, pues siempre debe haber un fin comercial, conocimiento de que se está cometiendo la infracción y un afectado.

La creación de medidas tecnológicas al mismo tiempo que han sido creadas para la protección jurídica de los derechos de autor y conexos que existen sobre una obra determinada, deben ser creadas con las debidas formas de acceso para el usuario, es decir, no debe afectar a los consumidores o usuarios finales de la obra, en la medida en que no se vean perjudicados en el acceso legal al contenido.

Existen algunos puntos de vista respecto de la creación de medidas tecnológicas de protección para acceder al contenido de una obra, pues hay quienes consideran una solución y mecanismo de protección para los derechos que tienen los titulares, pero hay otros que consideran que la creación de estos mecanismos puede significar un beneficio desproporcionado para los autores y totalmente desproporcionado por parte del usuario, como fundamento se presenta que éstas regulaciones no están enfocadas en la violación de los derechos de autor y conexos sino que se enfoca más en los actos no autorizados por los autores, es decir como un punto egocéntrico por parte del autor y sus derechos conexos; siendo así que, estiman que no son viables las medidas tecnológicas de protección y no representan una solución a la piratería digital, pues causan incomodidad a los usuarios que si acceden legalmente a la obra, además que existen las redes P2P que proporcionan de manera gratuita las obras protegidas.

Además sostienen que, éstas medidas causan daños sociales porque retrasan a la investigación reduciendo el número de elementos disponibles en la red, consideran también que, éstas medidas deben ser reevaluadas y sopesar los derechos.

Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos en la red, son un tema muy debatible, por lo que aquellos que no comparten éstas medidas

tecnológicas proponen la creación de un equilibrio entre los intereses encontrados, como lo son los derechos de los usuarios y los derechos de los autores, siendo así que, encuentran su fundamento en la regla de los tres pasos del artículo del Convenio de Berna en el artículo 9.2 y artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT):

“Artículo 9.....

2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*³⁰

“Artículo 10.- Limitaciones y excepciones:

- 1) *Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*
- 2) *Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*³¹

Es decir hay tres pasos:

1. No se atente contra la explotación normal de la obra: Normal explotación de la obra se entiende que es en todas las formas posibles de la misma y por motivos de que eventualmente se adquiere importancia, ya sea de carácter económico como de conocimiento práctico, no admite justificaciones de ningún tipo, por tanto los derechos le son reservados al autor.

³⁰ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias, Artículo 9.2.

³¹ TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR (WCT) (1996), Artículo 10.

2. No se cause perjuicio injustificado: En este caso se refiere a que no debe causarse perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y como intereses legítimos del autor se entienden los intereses de carácter legal.
3. Casos especiales: Cualquier excepción o limitación debe limitarse a su alcance, sin producir impactos generales, pues no debe disminuir a los derechos de los autores, por tanto debe justificarse ya sea mediante la libertad de expresión o educación o cualquier derecho que esté garantizado y sea primordial, de lo contrario se convierte en un abuso arbitrario de los derechos que le pertenecen al autor.

Por lo que se debe tomar en cuenta que las medidas tecnológicas de protección no representan un gran reto para los Hackers o para las redes P2P.

Medidas Tecnológicas vs copia privada: Los usuarios del límite de la copia privada no pueden exigir al titular de la obra que retire las medidas tecnológicas de protección. En la Directiva Europea se prevé excepciones a las medidas tecnológicas de protección como lo son la copia privada, para fines académicos.

CAPÍTULO 3:

3.3 Los Proveedores de Servicios de Internet (ISP).

3.4 Las responsabilidades por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet.

3.2.1 Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet ISP (internet services providers).

3.2.2 Responsabilidad Penal

3.1 LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP, Internet Services Provider; OSP, Online Services Provider).

En los años setenta surge la primera conexión de computadoras en Estados Unidos de Norteamérica con el nombre de ARPANET (Agencia para los Proyectos de Investigación Avanzada de los Estados Unidos), sus fines fueron militares en un comienzo por cuestiones de sobrevivencia en ataques nucleares, trazando un medio de comunicaciones de las cuales se beneficiaron inicialmente las universidades y el gobierno.

Se logró interconectar a las redes en la medida que se permitió el intercambio de información, sobre lo cual más adelante surge el nombre “Internet”, siendo el número de usuarios cada vez mayor, pero éstos ya no eran necesariamente universitarios o gubernamentales, pues para 1993 ya no había la prohibición de usar comercialmente la internet.

Anteriormente existían compañías que permitían el acceso a internet, pero eran grupos pequeños, incluso se necesitaba tener una cuenta autorizada, pero como se trataba de pequeñas empresas el acceso se saturaba muy rápido, el acceso era privado, más adelante se empezó a cobrar por el acceso a la red, hasta que después de 1990 el internet cobra gran reconocimiento a nivel mundial, y mientras mejor conexión se brinda se empezaba a cobrar una mensualidad por los servicios prestados, con el incremento de usuarios los precios de los ISP bajaron por la competencia que representaba.

Concepto ISP: *“Prestador de servicios es cualquier persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información y al proveedor de servicios, como aquel que ejerce de una manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable por un período determinado”³²*, el proveedor de servicios de internet brinda conexión a internet a los clientes o usuarios.

³² Desi (Directiva Europea sobre Determinados Aspectos Jurídicos de la Sociedad de la Información).

El proveedor de servicios de internet ofrece muchos servicios, pues entre éstos encontramos los manifestados por Wilson Ríos:

- Acceso e intercambio de información en la red, pues hace posible la conexión del usuario con la red.
- Realizar cargas (up load) y descargas (down load) de contenidos.
- Hosting, caching: Hosting, es una memoria de carácter permanente, pero esta memoria almacena la información en la medida que el mismo usuario lo solicita, incluso luego se puede acceder a esa información de manera pública, tiene como característica alojar datos. Caching o memoria de tampón, es una memoria provisional, su característica es suministrar información, además permite recuperar de manera temporal la información.
- Provisión de IP.
- Correo electrónico, chat.
- Motores de búsqueda.
- Servicios de mera transmisión: En este caso al ser transmitida la información a una red, esa información se aloja temporalmente o provisionalmente, pues es parte del proceso, es decir hay un almacenamiento automático que únicamente sirve para la transmisión, sin implicar la permanencia de la información. Aquí actúa como operador de acceso y de redes.
- Interconexión entre nodos y servidores.

El ISP con los servicios ya descritos, puede combinar varios de éstos al momento de actuar, sin embargo no es lo mismo cumplir con estos servicios que ser el autor del contenido de la infracción.

Los proveedores de servicios de internet cumplen una función intermediaria entre nodos y servidores en la sociedad de la información, puesto que está entre el usuario y el autor, artista o intérprete de la obra.

Delia Lipszyc al respecto del tema menciona *“Varios son los tipos de intermediarios involucrados en la entrega en línea a los usuarios finales de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos, porque éstos y la mayor parte de los proveedores de contenidos no*

*pueden acceder directamente y por si mismos a la red mundial de información sino que deben hacerlo a través de operadores de esa clase.*³³, por lo que en la obra Nuevos temas de derechos de autor y conexos, manifiesta a los proveedores de contenidos así:

Proveedores de servicio en línea.	Operadores de servicios web.	Proveedores de servicios de búsqueda.	Proveedor de red o infraestructura
Proveedor de servicios de internet.	BBS (Bulletin Board System).	Motores y herramientas de búsqueda.	Proveedores de acceso.
Proveedor de acceso.	Usenet o grupos de noticias.	Hipervínculos o enlaces.	
Proveedor de alojamiento o emplazamiento.	Grupos de noticias (newsgroups).	Hiperenlaces e hyperlinks.	
	Correo electrónico (e mail).		

Con lo manifestado en el cuadro, es importante definir a cada uno de estos proveedores en base a los criterios de Delia Lipszyc³⁴;

³³ Delia Lipszic, XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, 2005.

³⁴ Delia Lipszic, XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, 2005.

1. **Proveedores de servicio en línea:** Ofrecen transmisión o conexión digital en línea a los usuarios, como por ejemplo: Chat, correo electrónico, noticias actuales, juegos en línea, etc.
 - 1.1. Proveedor de Servicios en internet (ISP, Internet service provider): Concede un espacio de memoria y pone a disposición del proveedor de contenidos, alberga páginas de terceros; en muchos casos el proveedor de servicios en internet puede ser el proveedor de contenidos y brindar acceso a internet, pero en otras ocasiones el proveedor de contenidos es otro, y para que pueda almacenar o cargar obras en un ordenador conectado, debe primero abrir una cuenta con un ISP.
 - 1.2. Proveedor de acceso a internet (IAP, Internet access provider): Hace posible la conexión a internet, es decir enlaza a las redes de los distintos ordenadores que se encuentran interconectados.
 - 1.3. Proveedor de alojamiento o emplazamiento: También conocido como host service provider, el servicio que presta es de almacenamiento y mantenimiento de contenidos, es decir que por medio del ISP o del IAP el usuario puede recuperar la información y acceder a la misma.
2. **Operadores de servicios web:** Ofrece al público los medios para que pueda intercambiar información o datos, y tiene las mismas obligaciones que el ISP tiene respecto de evitar actos ilícitos en los contenidos de las obras cuando tiene conocimiento del mismo, en el punto 3.2 se trata con más profundidad el tema referente a responsabilidad.
 - 2.1. BBS (Bulletin Board System): También conocido como sistema de tablón de anuncios, permitía el intercambio de información entre usuarios sin que se encuentren conectados a internet ya que podía funcionar con líneas telefónicas, no obstante era otro aspecto de internet, pero fueron reemplazados por los sitios web.

- 2.2. Usenet o grupos de noticias - newsgroups: Está constituido por un grupo de personas o empresas a nivel internacional, se conocen como peers o pares, de conformidad con la conexión de sus ordenadores están en la facilidad de intercambiar mensajes que han sido publicados por usuarios, pero esos mensajes se organizan en grupos de noticias, sobre lo cual se inician foros de discusión, en estos foros se puede enviar adjuntos digitales; al tratarse de foros públicos, no están sometidos a un solo ordenador centralizado sino que son varios ordenadores; se diferencia el usenet de los chat, en la sincronización, pues en el chat se necesita estar sincronizado es decir participar en ese tiempo, mientras que usenet es asincronizado, no es necesario que en ese momento se conecte.
- 2.3. Correo electrónico: Por internet se puede transmitir cualquier mensaje o archivo a una a varias personas, en este caso el proveedor de correo electrónico no es responsable por los contenidos que se intercambian entre usuarios, pero si debe guardar privacidad de la información que lleva cada usuario en su correo, a menos que se dé intervención judicial.
3. **Proveedores de servicio de búsqueda:** Son los proveedores de motores de búsqueda de hipervínculos, hiperenlaces e hiperenlaces de texto.
- 3.1. Motores y herramientas de búsqueda: Prestan bases de información que circula por la red a los usuarios, esta clasificación es por temas para agilizar la búsqueda, la búsqueda se realiza por medio de hipervínculos, como ejemplo tenemos a Google.
- 3.2. Hipervínculos o enlaces: Los proveedores de hipervínculos prestan al público un conjunto de enlaces a otros sitios de la red, con esto el usuario puede acceder a otros sitios con solo hacer clic en el enlace; no se necesita autorización para insertar enlaces en la propia página, sin embargo puede estar infringiendo los derechos de autor; se considera

que se debe analizar las condiciones de creación de un hipervínculo, pues cuando se utiliza para desviar la información escondiendo su fuente puede ser una conducta ilegal sujeta a responsabilidad, para evitar esto el proveedor de enlaces o vínculos debe indicar obligatoriamente en forma clara la referencia del sitio de origen, es decir URL (Localizador o identificador de recursos en la red).

4. **Proveedores de red o infraestructura de telecomunicaciones:** Brinda la infraestructura técnica como por ejemplo líneas telefónicas, cable, antena, satélite de ésta manera se conecta con el ISP, para que funcione el servicio de internet; el proveedor de red solo presta servicios de carácter material, sin embargo puede ser considerado al igual que el proveedor de acceso.

3.2 LAS RESPONSABILIDADES POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN INTERNET

Con la expansión de los derechos de autor en la red, se amplían nuevos parámetros a considerarse y regularse, siendo así que aparecen conductas y actos ilícitos que repercuten en obras protegidas, como afirma Mabel Goldstein *“La potencia de las nuevas tecnologías que invaden la vida y los valores esenciales del hombre, seguramente impactarán en las políticas jurídicas, pero no se debe perder de vista que esas tecnologías son creaciones humanas que gozan de la misma protección”*³⁵.

Para establecer la responsabilidad de la persona natural, hay que tomar en cuenta como fue la infracción, en donde y cuando, es decir, la jurisdicción, la competencia y la legislación que se va a aplicar, ya que la persona que infringió estos derechos puede encontrarse en cualquier lugar, por lo que Wilson Ríos, advierte los criterios para atribuir una competencia judicial internacional:

³⁵ Mabel Goldstein, Derecho de Autor, Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1995. Acuerdo "Trip's". Ediciones La Roca

- “- *Domicilio del demandado (fuero general).*
- *Residencia habitual del demandado.*
- *Domicilio del titular de derechos (daño personal y violación a los derechos morales).*
- *Lugar del daño (emisión-recepción).*
- *Lugar de origen del daño (emisión).*
- *Lugar donde se materializa el daño (recepción).*
- *Lugar donde se elabora la información.*
- *Lugar donde se realizó el registro.*
- *Lexi loci protectionis (aplicar la ley donde se reclame la protección).*³⁶.

Por lo que así como se generaron nuevas formas de hacer llegar la información, debería existir una legislación regulada para las infracciones a los derechos de autor y conexos que surgen en el internet pero lamentablemente la internet no ha sido objeto de regulación específica, ni convenios que nos ayuden a establecer las reglas del juego evitando que se produzcan perjuicios en la red.

Con lo anterior podemos colegir, que las normas a utilizarse en los casos de infracción a los derechos de autor y conexos a través de la red, serían los mismos cuerpos normativos del propio fuero, sin menoscabo que, según los sujetos de la infracción y los daños repercute en un tema multijurisdiccional, por lo que resulta necesario establecer un equilibrio al momento de regular la jurisdicción sobre aspectos en la internet, pero aún cuando se creen reglas del juego, es importante ir al punto de partida que es la legislación nacional.

En la relación mercantil que se produce en la red, intervienen varios actores, pues la misma página de internet que presta los servicios de compra como por ejemplo Amazon, el sujeto que compra la información, en este caso la obra, el vendedor que puede ser el autor o la persona a la que se le cedió los derechos de explotación de la obra, la editorial; por lo que cada uno de los sujetos pueden estar indistintamente en cualquier parte del mundo, existiendo un conflicto al momento de otorgar competencias apropiadas para resolver los casos de infracciones a los

³⁶ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 422.

derechos de autor; ahora, si la infracción se comete en el mismo territorio de la solicitud de protección, es la misma legislación nacional la que se aplicaría.

3.2.1 Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet ISP (internet services providers)

La digitalización de contenidos a gran escala ha brindado otra forma de difusión de las obras como otra amenaza para los derechos que existen sobre las mismas, por lo que cabe analizar la responsabilidad de los proveedores de servicio a internet por falta de control o supervisión que hubiere lugar, tomando en cuenta las funciones que desarrolla en la nueva era.

En la responsabilidad que los proveedores de servicios de internet tienen, pueden encajar ya sea la responsabilidad directa u objetiva como la indirecta, o el hecho de un tercero, por lo que hay normas básicas que un proveedor de servicios de internet debe cumplir si desea eximirse de responsabilidad en los casos de las infracciones que se cometan a los derechos de autor y conexos en la red, pero sin embargo no está regulado del todo este tema, porque no hay un cuerpo normativo que diga tácitamente cuando un ISP es responsable.

Además se debe tomar en cuenta que si un ISP está cumpliendo con su debido deber en cuanto a la responsabilidad de evitar las infracciones, se está eximiendo de responsabilidad y de tal manera vienen a ser protegidos ante una sanción o pena (safe harbors, puertos seguros).

Si el ISP, llega a tener conocimiento mediante notificación judicial que, uno de sus usuarios está actuando faltando a las normas de derechos de autor y conexos, el ISP ya está en la obligación de advertir a su usuario o cliente de las consecuencias que se generan de su acto ilícito como por ejemplo el retiro del servicio a ese usuario o cliente específicamente, con esto se puede colegir que al momento en que el ISP es notificado tiene ya una obligación, esa obligación es la corregir lo que pasa en su servicio, pues desde que tiene conocimiento de la infracción la carga de la prueba se le es trasladada, siendo así que si no hace nada al respecto se le toma como responsable del ilícito.

Ahora hay que notar que el ISP, debe advertir pero no hay tampoco la obligación de perseguir o mejor dicho de realizar una inspección a esos contenidos sino existe la notificación judicial, no obstante el ISP no sería el responsable directo si cumple con el llamado de atención que le hace al usuario y la ejecución del retiro del servicio en caso de reincidir, pero si no hace nada el proveedor de servicios de internet al respecto, es tan responsable directo como el usuario, es más pasa a ser responsable solidario y de la mano tendrán que responder juntos.

El ISP tiene el deber del cuidado, porque como es el intermediario debe evitar que se dé paso a las infracciones, además hay que tomar en cuenta lo contemplado en el (DMCA) Digital Millennium Copyright Act DE 1998, y la Directiva Europea de la Sociedad de la Información.

- Digital Millenium Copyrgith Act, 1998 (DMCA): Contempla en el título II, los eximentes de responsabilidad de los ISP, exclusivamente por atentados a los derechos de autor por terceros o usuarios, incluyendo acciones civiles y penales, pero no regula otro tipo de eventos, por lo que otras normas deben complementar los vacíos, como lo son el de las difamaciones o infracciones civiles. La DMCA, se originó con motivo de adaptar sus leyes internas con los compromisos que se adquirieron con el tratado de la OMPI (WCT y WPPT), Berna, tomando en cuenta que ahora la era digital está presente y sus principios deben tener estrecha armonía con lo que acontece en la actualidad, por lo que podemos ver en éste cuerpo normativo:

- La introducción de nuevas medidas tecnológicas: Los titulares de Copyright mediante éstas medidas protegen sus obras, evitando que terceros no autorizados irrumpen sus derechos, tanto en cuanto éstos actos ilícitos se enfrentan a justas indemnizaciones civiles y penas correspondientes. Las medidas tecnológicas, se incluyen con los cifrados y sistemas de codificación, a éste solución se suma un problema, los cuales son los decodificadores.
- Establece los safe harbors o puertos seguros: Esto es lo que deben conseguir los ISP, ser puertos seguros, de tal manera

que no lleguen a ser responsables por los actos de terceros que contengan violaciones a los derechos de autor, ya que al ser intermediarios, están en una posición de riesgo al momento de establecerse la responsabilidad, pues son los ISP quienes permiten la circulación, alojamiento y acceso de información en la red.

- Incentivos legales para los ISP, para que colaboren con los titulares de derechos de autor, retirando la información ilegal.
- Excepciones a las elusiones de medidas de tecnológicas de protección.
- Casos en los que el ISP, debe poner a disposición de la autoridad, los datos del usuario, con el debido procedimiento de solicitud, notificación y contranotificación, es decir que su naturaleza es administrativa, sin perjuicio de que la autoridad judicial intervenga para identificar al infractor, pues basta la sola reclamación de violación a los derechos de autor. Al referirnos a las notificaciones y contranotificaciones, se realiza cuando el titular de la obra identifica la infracción e inmediatamente lo hace conocer a los ISP, y si se da el caso el infractor realiza la contranotificación, frente a esto el ISP, debe sustraer la información ilegal.
- Promueve el cumplimiento de las leyes de Derechos de Autor, para las instituciones de educación en cuanto a los materiales de trabajo con los alumnos.
- Deberes de los ISP: Adoptar políticas de ejecución ya sea para suspender las cuentas de usuarios que sean infractores reincidentes; implementar medidas técnicas de protección que coincidan con las medidas que usan los titulares de los derechos de las obras, sin que signifiquen costos adicionales para el ISP.

- La responsabilidad de los ISP, de existir será directa, es decir responsabilidad objetiva.
- Excepciones por las cuales el ISP, no es responsable por las infracciones a los derechos de autor realizadas por sus usuarios, son:
 - a) Mera transmisión: Aquí el ISP, solo transmite la información por petición de un usuario, pero para abstenerse de responsabilidad alguna el ISP, solo debe proporcionar las conexiones para las comunicaciones digitales en la red y que esa conexión sea automática sin la intervención humana, porque quienes deciden el punto de origen y destino de la información son los usuarios y los únicos que pueden modificar su información, para esto el ISP, no puede ni debe mantener copia alguna de la información que circuló en la red.
 - b) Sistema de intermediación y alojamiento temporal: Conserva la información solicitada por el usuario de manera temporal, para una transmisión más rápida, por lo que en estos casos el ISP tiene la obligación de actualizar la fuente de donde toma la información, es decir por medio de medios tecnológicos automáticos, dando un mejor servicio. Con esto se entiende que el contenido no puede ser modificado por el ISP, ni debe ser transmitido a usuarios no autorizados. En caso de que la información que se está transmitiendo no está en pro de los derechos de autor y conexos, debe ser retirada por el ISP.
 - c) Alojamiento de la información por petición del usuario en la red del ISP: El hosting es una opción que el usuario decide contratar, en la cual la red es controlada y operada por el ISP; aquí, por parte del ISP hay un deber de custodia por la información encomendada por tanto no puede alterar, ni

permitir el deterioro de la misma y para que pueda ser eximido de responsabilidad el ISP, debe: desconocer que la información es infractora de los derechos de autor y conexos y que no tenía la capacidad de controlar esa infracción, ni haber recibido alguna contraprestación económica que provenga de la información ilegal; al igual que los casos ya mencionados, debe sustraer el acceso a esa información si tiene conocimiento de su ilícito y advertir sobre el peligro de la infracción, por tanto iniciaría el procedimiento de notificación y contranotificación.

- d) Provisión de herramientas de búsqueda y enlaces: Al momento de que el ISP brinda herramientas de búsqueda o enlaces que contienen información ilegal, se exonera de responsabilidad cuando no conocía el contenido de la infracción, tampoco debió haber percibido beneficios económicos relacionados con la información infractora y que después de haber conocido que la información era infractora de derechos de autor y conexos, inmediatamente elimine su acceso.

Hay que entender que para afirmar que el ISP, es responsable por la información ilegal, además de lo que se ha expuesto, es importante tomar en cuenta que la información debe estar alojada en el servidor y no en la computadora del usuario final.

El prestador de servicios de la información, debe cumplir con las condiciones de acceso a la información, es decir, si presta su servicio de ver que la información que está transmitiendo o alojando no sea ilegal o no atente a los derechos de autor, ya que si tiene pleno conocimiento de la infracción y no actúa, es responsable, a menos de que comunique a la autoridad sobre la presunta información ilícita.

Para finalizar respecto de lo establecido en la DMCA, en cuanto a las notificaciones y contranotificaciones se refiere profundizando en el tema, hay que

señalar que el titular de los derechos de autor de la obra que se encuentre lesionado, debe remitir al ISP la notificación de su afectación por escrito y firmada ya sea por el mismo titular o su representante ya sea en manuscrita o digital, proporcionando la información suficiente para que el ISP, pueda conocer cuál es la obra u obras que están siendo objeto de infracción y los datos del titular de los derechos de la obra para poder mantener una comunicación, la notificación debe ir firmada bajo juramento. Con esto el ISP, debe actuar de inmediato con la suspensión de la información que se presume ilegal, notificando al usuario del contenido que ha procedido a bloquear el mismo.

La contranotificación, se da como un mecanismo de derecho de defensa para el que se le ha dado el papel de presunto infractor, por tanto su respuesta ira en dirección a desvirtuar lo alegado por el titular de los derechos de la obra, deberá contener la contranotificación: los datos del presunto infractor y el lugar de donde se encontraba la información que fue removida antes de serlo, acompañando una declaración bajo juramento, en la que se mencione que esa información que se presume ilegal, era usada de buena fe y dejando la plena disponibilidad de acudir ante la sede judicial de ser el caso. Con esto el ISP, corre traslado al titular de los derechos con la contranotificación, para que el presunto afectado presente una demanda ante la vía judicial, puesto que si no lo hace en un término de 14 días máximo, el material que fue bloqueado será desbloqueado.

Con lo anteriormente señalado, hay que tomar en cuenta que el presunto afectado, es decir, el titular de los derechos de la obra debe asumir el riesgo de resarcir los daños eventuales daños y perjuicios, que con sus afirmaciones y conductas cause al presunto infractor y al ISP por la afectación que haya recibido al bloquear la información de su usuario.

- Legislación Europea: En la Legislación Europea, también podemos encontrar la regulación de la responsabilidad y eximentes de los ISP, que no solo contemplan la vulneración a los derechos de la propiedad intelectual sino que también regula otras infracciones en la red.

Entre los puntos que la legislación europea trata, los más trascendentales son:

- No hay obligación por parte de los ISP, de supervisar la información de cada usuario.
- Comunicar a las autoridades sobre el conocimiento de actividades ilícitas de sus usuarios.
- Para poder eximir al ISP, de responsabilidad alguna debe demostrar que el contenido ilegal fue guardado por voluntad del usuario y suministrado por el mismo, además que solo cumple funciones como la mera transmisión y almacenamiento automático y por tanto no tuvo ninguna clase de participación respecto de la información ilegal, es decir, que no fue quien creó o modificó esa información. Ahora, si el ISP, se excede en sus funciones de mero transmisor y almacenamiento automático, está totalmente apartado de los beneficios y eximentes de responsabilidad. Aquí hay tres servicios que se eximen de responsabilidad:
 1. Mera transmisión: Solo se encarga de transmitir información que es facilitada por el usuario, la única forma de considerar que el ISP, es responsable es que el proveedor de servicio de internet haya originado la transmisión por sí mismo. Se debe tomar en cuenta que la información que el ISP transmite va por cuenta del usuario, pues es él quien solicita y por tanto es quien debe controlar que lo que está solicitando esté dentro de los parámetros de lo legal. Se debe tomar en cuenta que el ISP para cumplir con sus funciones en ocasiones debe duplicar la información del usuario, pero solo para realizar la transmisión, una vez transmitido se elimina, es decir existe un almacenamiento temporal que opera de forma automática. En conclusión la Desi, exonera al ISP de responsabilidad por la mera transmisión.
 2. Caching, almacenamiento en memoria caché: Es el almacenamiento automático y provisional, para efectos de la transmisión, pero en éste caso el ISP, debe cumplir ciertos parámetros para poder ser eximido de responsabilidad, como

atribuirle responsabilidad de carácter subjetivo al proveedor de servicio de internet por el hecho de que debe haber por parte del ISP la debida diligencia de la información que está almacenando automáticamente, pues si se le declara responsable de no serlo, teniendo el ISP que probar que tuvo el debido cuidado, para esto el ISP:

- ✓ No debe modificar el contenido, puesto que si lo hace, la responsabilidad ya no le es ajena.
- ✓ Cumplir los requisitos de acceso a la información, es decir, establecer un procedimiento para acceder a la información en las que se obtenga los datos de las personas que acceden a la misma, de tal forma que al acceder al contenido se acepte las disposiciones de descargo de responsabilidad.
- ✓ Actualizar constantemente la información que se transmite, pues debe encontrarse en armonía con la versión de la web, ya que el ISP si responde por la información desactualizada que brinde.
- ✓ Al momento de tener conocimiento de la infracción cometida a los derechos de autor y conexos, debe retirar el acceso al contenido en cuestión o que la autoridad ya sea judicial o administrativa ordene el retiro de la información, ante esa orden el ISP debe ser inmediato.

3. Hosting, almacenamiento permanente de datos: Para este caso aplica responsabilidad subjetiva, ya que al alojar contenido de manera permanente, la Desi exige que el ISP cumpla con el debido cuidado, con esto la autoridad debe analizar el grado de responsabilidad del ISP; los servicios de hosting involucran un valor agregado para el usuario ya que es adicional a lo que normalmente presta el ISP, hay que hacer énfasis en que el ISP guarda la información solo por solicitud del usuario, tanto en cuanto debe:

- ✓ No tener conocimiento que la información que aloja en su servicio es ilegal; respecto de éste tema cito a la autora española Paula Vallepuga González *“si el prestador de servicios retirara los datos o hiciese que el acceso a ellos fuera imposible y luego informara al tribunal o a la autoridad administrativa correspondiente, y pero la información resultare no ser ilícita, ¿incurriría el PSI en responsabilidad por los daños y perjuicios causados? La Directiva no prevé nada al respecto, y puesto que éste solo está autorizado a retirar los datos cuando sean ilícitos y en este caso no lo son, estaría incumpliendo el contrato de alojamiento de la página y por tanto será responsable”*³⁷.
 - ✓ Retirar el acceso a la información que se presume ilegal, en cuanto tenga conocimiento.
- *“La Directiva determina unos casos en los que el prestador no será responsable por los contenidos ajenos, pero para nada indica en qué casos si será responsable”*³⁸.
 - A diferencia de la DMCA, la Desi, no establece el proceso de notificaciones y contranotificaciones, pues aquí el presunto afectado, quien sería el autor de la obra o el titular de los derechos patrimoniales de la obra, debe obtener medidas cautelares que ordenen al ISP el retiro del contenido que se presume ilícito y acudir ya sea a la vía judicial o administrativa, para iniciar las debidas acciones.

Ante lo detallado anteriormente, se puede decir que las diferencias sustanciales entre la DMCA y la Desi, son:

³⁷ Paula Vallepuga González, “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en Derecho Informático de la Comunidad, núm. 30, enero de 2001 (www.alfa-redi.org).

³⁸ Profesor español Miguel Peguera Poch, “La exención de responsabilidad civil por contenido ajenos”, conferencia en Jornadas de Responsabilidad civil y penal de los prestadores de servicios en Internet, Barcelona, noviembre de 2001.

DMCA (Digital Millenium Copyrgith Act, 1998)	Desi (Directiva Europea sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, 2000)
<ul style="list-style-type: none"> - Establece el régimen de notificación y contranotificación. - Puede presentar la solicitud de retiro del presunto contenido ilícito al ISP, cualquier persona que demuestre interés o titularidad sobre un derecho de la obra, pero aquí no existe control de la autoridad, lo cual no beneficiaría al ISP de la exención de responsabilidad si llegase a equivocarse. 	<ul style="list-style-type: none"> - Establece la supervisión judicial previo a la presentación de una acción ya sea judicial o administrativa.

Wilson Ríos manifiesta algunas situaciones en las que se contempla la responsabilidad de los ISP:

- “- Cuando el ISP actuara como editor (editor primario);
- Cuando el ISP actuara como distribuidor o librería, biblioteca (como editor secundario);
- Cuando el ISP actuara como prestador de servicio de telecomunicaciones.”³⁹

El deber de la diligencia y cuidado mínimo de los proveedores de servicios de internet, es fundamental para que sean eximidos de responsabilidad, y aún cuando

³⁹ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 556.

no dice en ninguna parte que deba vigilar la información de los usuarios, se entendería que aún así, el deber de diligencia y cuidado mínimo comprendería conocer qué clase de información cruza por su servidor, es decir como proveedores deben saber de qué están siendo intermediarios y por ende a qué se exponen, pues sería una falta de cuidado mínimo no cuidarse en cuanto al servicio que prestan, por lo que es cuestionable el deber de saber que información reposa en su servicio.

Por tanto, se puede decir que el proveedor de servicio de Internet si posee responsabilidad en cuanto a la conducta de sus usuarios o clientes, aún cuando no hay explícitamente la obligación del ISP de monitorear el contenido de sus usuarios, porque es el usuario el responsable directo, pero por esta misma razón el deber del ISP es de hacer, pero “hacer” hablando posteriormente, es decir una vez que se ha enterado de la infracción por parte de su cliente, debe actuar debidamente para no pasar a ser responsable solidario como ya se mencionó, siendo así que, el ISP debe poner en conocimiento de su cliente lo que está haciendo mal y prever los recursos para que no se continúe con la infracción en su servidor.

El deber de diligencia y cuidado es indispensable una vez que se sospecha de actos ilícitos que afectan a los derechos de autor y conexos o cualquier otra clase de derecho que se encuentre infringido en la red.

Aún cuando no hay una legislación establecida para tratar estos temas, no está demás mencionar a manera de ejemplo ciertos postulados de Derecho Privado que se han generado para dar solución a esta clase de infracciones en la red, como lo son:

- (DMCA) Digital Millenium Copyright Act, 1998, de Estados Unidos de Norteamérica: Excluye la responsabilidad de los ISP, se atribuye la misma a los usuarios.
- Directivas Europeas aplicables a la sociedad de la información y la propiedad intelectual.

- Tratado de Libre Comercio, suscrito por Estados Unidos.
- Communications Decency Act (1996): Establece que no existe responsabilidad de un ISP, por la información o actos de sus usuarios dentro de su servidor

En la Jurisprudencia Norteamericana, se encuentra a manera general que el ISP, no tiene un control editorial sobre el contenido, pues el que crea el contenido es el usuario, el ISP, solo se encarga de facilitar el acceso a la red y por ende al contenido; con esto la jurisprudencia internacional adopta la misma línea al referirse a la responsabilidad de los ISP, cuando sus usuarios sean infractores de derechos de terceros, claro que la excepción es que el servidor haya tenido conocimiento de lo sucedido y por tanto no cumplió con sus obligaciones.

Otro punto a tomarse en cuenta, de la razón por la que no se obliga un control previo del contenido de cada usuario por parte del servidor, es como dice Wilson Ríos *“nadie está obligado a lo imposible, y en el estado de cosas actual, no puede exigirse a los ISP que realicen un control editorial sobre el total de los contenidos que los clientes alojan en sus servidores, pues sería demasiado oneroso llevarlo a cabo, implicando mayores costos para sus usuarios”*⁴⁰.

Ahora es necesario mencionar que una vez que la autoridad judicial da la autorización judicial al proveedor de servicios de telecomunicaciones para interceptar al usuario, el proveedor de servicios de internet debe entregar a la Fiscalía la información del usuario:

- Ubicación geográfica del usuario.
- Datos del usuario y su tipo de conexión.

Para que el proveedor de servicios de internet pueda cumplir con su deber de entregar la información del usuario, se entiende que debe siempre mantener la información de cada uno actualizada, lo cual se torna en un deber más a cumplir por parte del proveedor de servicios de internet, siendo así que la información

⁴⁰ Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009. Pág. 556.

proporcionada por parte del servidor debe ser veraz y actual; con esto podemos colegir que el usuario también es consciente de que al momento de contratar el servicio de internet, sus datos deben constar actualizados para su proveedor.

El ISP, si presenta responsabilidad al momento de ocasionar daños a sus clientes o usuarios, por la interrupción de su servicio, o incluso la de ofertar un software que brinde protección al usuario para evitar que acceda a lugares determinados de su servidor. Por lo que en aspectos generales, el ISP, debe cumplir con varias obligaciones para entrar a operar como proveedor de servicios de internet, frente a esto hay conductas que los ISP deben cumplir de manera general frente a todos, como puede haber conductas específicas que determinada legislación puede imponer para su protección, como ejemplo en Argentina deben tramitar una licencia para operar como proveedor de servicio de internet, en España deben inscribirse en el Registro Público, de tal manera que adquieren personalidad jurídica, así se ubica al lugar físico del prestador de servicio, en cambio de manera general los ISP, se encuentran bajo control estatal ya que éste interviene para favorecer los intereses de los usuarios.

Además, en cuanto al deber de los ISP de conservar las comunicaciones entre usuarios, frente a la privacidad de los usuarios en sus datos personales y correo, pues de esta manera podemos ver el tratamiento que cada país le da al contenido privado del usuario:

- ❖ En España, la ley 32 de 2003, exige que la información que se conserva por el ISP deba tener una duración de 12 meses, con el fin de localizar el equipo terminal que el usuario empleo para la transmisión de la información, pero ésta retención de información no debe afectar a las comunicaciones privadas o secretas de los usuarios o clientes, por lo que no puede utilizarse el contenido para ningún fin que no sea el judicial (investigación criminal, seguridad pública, defensa nacional), pues no puede alterarse sin la autorización debida y transcurridos los 12 meses la información deberá ser destruida.

- ❖ En Estados Unidos mediante el Sistema de Preservación de Datos, los ISP mantienen los datos de los usuarios y al momento en que la autoridad judicial lo solicita, se le facilita la información por un período de 90 días, pudiendo haber una prórroga, el objetivo es disminuir los delitos que se dan en la red y coadyuvar a la investigación respecto de un caso determinado. El instrumento que se encarga de regular los eximentes de responsabilidad de ISP, en éste país es el Digital Millennium Copyright Act, de 1998 (DMCA).
- ❖ En Colombia en el decreto ley 1900 de 1990, existe el deber de colaborar con las autoridades y preservar el contenido y en el 2006 se expide el decreto 75, en el que se faculta a la autoridad nacional a interceptar los servicios de telecomunicaciones, por lo que la Fiscalía sería una de ellas. Además para que un ISP, pueda operar como tal en éste país desde el año 2007, debe el proveedor obtener un THC (título habilitante convergente, regula la convergencia en los servicios de telecomunicaciones y redes de telecomunicaciones del Estado, de tal forma que se asegura el acceso y uso de las redes a todos los habilitantes del país) emitido por el Ministerio de Comunicaciones, para lo cual como una de sus obligaciones consta que el ISP, en los primeros 15 días hábiles de cada año debe actualizar la información de la red.

El ISP, como regla general no tiene prohibido mantener la información de comunicaciones entre los usuarios, claro que dependiendo del proveedor está información en un plazo determinado se elimina automáticamente, siendo así que puede servir de un mecanismo autoregulatorio por parte del ISP.

El ISP, al momento de conocer sobre algún tipo de infracción del usuario en el entorno de los derechos de autor a la propiedad intelectual y en el general de infracciones, para ser eximido por responsabilidad, debe suspender:

- El acceso a determinado contenido
- La transmisión.

- El alojamiento de datos.
- El acceso a las redes de telecomunicaciones.
- La prestación de cualquier otro servicio, según la autoridad lo requiera.

Otra parte importante a tomarse en cuenta es que, el autor o titular de los derechos patrimoniales de una obra, puede notificar al ISP, sobre el contenido de su obra o sus obras que han sido objeto de infracción por terceros usuarios, suscriptores de la red.

Los ISP en relación con la sociedad de la información: Como punto de partida, hay que examinar que clase de información presta la sociedad de la información, pues al tratarse de una transmisión eficiente, es decir, cuando la información que se presta por un tercero se almacena temporalmente, no hay responsabilidad del ISP, puesto que no tiene ni control, ni conocimiento de la información que se está transmitiendo y almacenando; es decir el ISP, no es responsable por los actos de los prestadores de servicios intermediarios. Por lo que a continuación se detalla, las situaciones por las que el ISP es exonerado, ya que se limita a:

- Mera transmisión (mere conduit, mero transporte).
- Forma de almacenamiento automático y temporal (caching o memoria tampón), cuando el proveedor no ha tenido participación de la información transmitida.
- Hosting.
- Servir como motor de búsqueda.

Ahora, es importante ver que si el proveedor de servicios de internet ha rebasado su función de mera transmisión o mero transporte, colaborando con la sociedad de la información para cometer actos ilegales, no se libra de responder como responsable.

El ISP, resulta un actor pasivo en el proceso de infracción a los Derechos de Autor y Conexos en la red, hasta cuando es notificado por el titular de los derechos de la obra o cuando la autoridad judicial le notifica con la infracción a los derechos de

autor y conexos que se desprenden de su servidor de internet. No obstante lo dicho, el ISP debe cumplir con el deber de la debida diligencia y cuidado.

La legislación española (Desi) como la Estadounidense (DMCA), contemplan la inexistencia de la obligación de vigilancia o supervisión que tiene el ISP en sus sistemas ya sea en la información que transmiten o almacenan, mientras no haya sospechas, pues en el marco general y como ya se menciono, si se llegare a conocer información ilícita ahí si tiene el ISP toda la obligación de acudir inmediatamente ante la autoridad para que se establezca la responsabilidad de los usuarios o clientes, por lo que se puede notar que si bien es cierto, el ISP no está en la obligación de realizar actividades de patrullaje, debe colaborar con la autoridad si se presenta irregularidades en la información, por lo que al colaborar con la autoridad competente debe proporcionar toda la información que por esta sea solicitada, es decir los datos o la información que se encuentre alojada en su sistema o servicio.

El ISP, si bien es cierto no está en obligación de supervisar la información en orden general, pero si hay temas específicos que cada legislación regula, como la información que se encuentra prohibida para los menores de edad, pero por el resto de la información o datos generales no.

La autoridad judicial o administrativa si está en la facultad de ordenarle al ISP que supervise el contenido alojado en su sistema por los usuarios, por tanto el ISP debe hacer el seguimiento de la información que podría ser cambiada o destruida por el cliente, tal como lo manifiesta el jurista español Miguel Peguera Poch *“Las órdenes de la autoridad judicial podrán obligar al prestador de servicios a colaborar de manera muy activa en la detección y prevención de actividades ilegales”*⁴¹.

Es menester considerar que, el deber de colaboración que tiene el ISP con la autoridad, es de gran responsabilidad siendo así que previene y detecta las

⁴¹ PEGUERA POCH, MIGUEL: “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos”, conferencia, en jornadas de responsabilidad civil y penal de los prestadores de servicios en Internet, Barcelona, noviembre de 2001.

irregularidades que previenen de determinada información de sus usuarios, suscriptores o clientes.

Por lo que cada país tiene su propio procedimiento en cuanto a los deberes y obligaciones del ISP, pues una vez que se conoce de la distorsión que existe en la información o los datos almacenados o transmitidos, el deber de diligencia comienza para el servidor, aclarando que si se comprueba que no hay infracción alguna ese deber no es permanente, además que ese deber es bajo la orden de una autoridad competente ya sea la judicial o la administrativa.

La profesora Valle Puga González al respecto manifiesta *“los servidores que tengan alojadas páginas web no se les debe obligar a hacer una revisión periódica de su contenido – cuantas menos páginas tenga el servidor mayor control tiene el ISP sobre las mismas -, lo que le obligaría a realizar efectivamente ese control para no verse perjudicado por esta especie de presunción. Por el contrario, un prestador de servicios que da alojamiento a millones de páginas, parece que es muy difícil que pueda controlar su contenido”*.⁴²

Por lo que una vez más se puede decir que, las regulaciones respecto de los deberes y obligaciones de los ISP, deben ajustarse a los sabios aforismos del Derecho, pues no se puede obligar a nadie a lo imposible, más aún cuando cada red se somete a actualizaciones.

3.2.2 Responsabilidad penal

A nivel mundial y social, se producen conflictos, los cuales entran a ser regulados por una normativa; según el conflicto generado hay una rama específica que entra en función de proteger los bienes jurídicos que se ven afectados como consecuencia de los mismos. El Derecho Penal, una rama de trascendental importancia, la cual se maneja con principios, doctrina, normas; estos elementos

⁴² Paula Vallepuga González, “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en Derecho Informático de la Comunidad, núm. 30, enero de 2001 (www.alfa-redi.org).

van estructurando el Derecho Penal como tal. Esta rama tiene como objetivo prevenir o en su momento actuar con represión por la infracción causada.

El Derecho Penal asume una función de poder punitivo estatal, que más que legitimarlo, lo contiene y lo reduce; Raúl Zaffaroni menciona al respecto que, el Derecho Penal en el uso de la fuerza estatal, tienes dos tipos de coerciones jurídicas que son: la coerción reparadora o restitutiva (derecho privado) y la coerción directa (derecho administrativo); por lo que si se comete un atentado a un bien jurídico, el Derecho penal, actúa a nombre del Estado para que el culpable repare o restituya el daño

Ahora respecto del tema en discusión, hay que regirse a ciertos requisitos para que el Derecho penal ejerza sus facultades, pues es importante determinar la responsabilidad penal, para esto primero hay que poner en manifiesto qué entendemos como responsabilidad.

En el lenguaje común responsabilidad es: *“Deuda, obligación de reparar y satisfacer de una culpa o de otra causa legal. En la ética, obligación de responder de los propios actos.”*⁴³ El Diccionario de la Real Academia española define a la responsabilidad así: *“Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”*⁴⁴.

Ahora entra en análisis, la teoría de la responsabilidad de la pena, que es la columna vertebral de éste desarrollo; esta teoría busca conectar al hecho con quien lo realiza, pues estudia al sujeto de la infracción o del delito como alguien que hace posible que la responsabilidad exista.

Cuando se declara la comisión de un delito o una infracción, es necesario establecer la responsabilidad, para poder identificar a la persona como sujeto activo del delito o de la infracción, de esta manera el Estado a través del Derecho Penal habilita o deshabilita su poder punitivo.

⁴³ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, ESPASA CALPE, Compañía Editorial Espasa Calpe Argentina S.A., pag 361.

⁴⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>.

Se añade además que en cuestiones referentes a la teoría de la responsabilidad penal, ésta alcanza normas constitucionales y principios legales que ponen de manifiesto la base mínima para el uso del poder punitivo, es decir, si la conducta encaja o no en el tipo, por lo que aquí cabe la pregunta: ¿Cómo se establece la responsabilidad de una persona frente al Derecho Penal?

A medida que se desarrolla una sociedad, se desarrollan también las diferentes formas de atentado a los derechos de otros, es así que surge la responsabilidad penal de los atentados a los derechos de autor y conexos a través de la red; el desarrollo de la tecnología a nivel mundial ha experimentado muchos cambios en la forma de acceder a la información, así mismo se han generado nuevas vulneraciones a los derechos de autor y conexos en el entorno digital, por lo que en cuanto a la responsabilidad penal implica, conviene analizar la conducta típica que reúna los elementos objetivos y subjetivos, los cuales serán objeto de sanción del Derecho Penal:

Elementos objetivos de la conducta típica pueden ser: Reproducir o comunicar públicamente una obra o producción sin autorización; o, usurpar la paternidad de la obra, distribuir (en este caso la distribución no entrará en el análisis, puesto que opera con ejemplares físicos, y el tema de análisis se centra en la red).

Elementos subjetivos de la conducta típica: ánimo de lucro y perjuicio de terceros.

Éstos elementos se han puesto a consideración, para que se pueda afirmar que, existen atentados a los derechos de autor y conexos a través de la red, además, no hay que perder de vista que, uno de los principios del Derecho Penal, es el **principio de intervención mínima**, el cual el Derecho Penal debe someterse a ciertos límites para poder proteger los bienes jurídicos frente a los atentados graves, pero al momento de proteger no debe salirse de sus límites, es decir sancionar cuando es un caso que se ajuste al tipo y más que todo que sea merecedor de una sanción, dejando de lado aquellos que no se ajustan a la conducta, para reducir el carácter punitivo del Estado, a lo estrictamente necesario.

Cabe hacer una pequeña anotación; el Derecho Penal en cuanto se refiere a la regulación de los atentados a los Derechos de Autor y Conexos, anteriormente se remitía al Código Civil, para regular aspectos que en materia penal estaban en blanco, con el paso del tiempo el Derecho Penal ha ido tomando cartas en el asunto, de tal manera que ahora a nivel mundial, ya existen más cuerpos normativos que regulan éstos aspectos.

Como por ejemplo España, en 1987 se introduce La Ley Orgánica 6/1987, en la cual se introduce especificaciones de comportamientos típicos, como es el ánimo de lucro y el perjuicio de terceros. Se toma como referencia la realidad y legislación española, dado que la propiedad intelectual ha sido sujeta a varios cuerpos normativos para su protección por los innumerables casos de atropellos a los derechos de autor y conexos.

Los derechos de Autor y conexos se han visto amenazados con la nueva era de las tecnologías, con los nuevos atentados que se cometen a través de la red, en los que los medios de comunicación han servido como una herramienta facilitadora de obtención de información ilegal, sin embargo se entra en un amplio debate, puesto que se sobreponen los derechos de autor y conexos con el derecho de la información.

En España el Derecho Penal se maneja un sistema de responsabilidad en cascada, esta responsabilidad comprendía a aquellos delitos que se cometieron en los medios de comunicación, pero en masa. Por lo que resulta necesario definir este tipo de responsabilidad.

Responsabilidad en Cascada: Es aquella que se fija en el ámbito del Derecho Penal, con el objetivo de identificar al sujeto activo del delito o de la infracción, para asegurarle una pena, para que ésta responsabilidad exista debe darse el daño por medio de los medios de comunicación; esta responsabilidad fue incorporada más adelante en el término “digital”, es decir en un inicio no se mencionaba nada al respecto de la red, pero con los desarrollos que ya hemos ido

mencionado, se incorpora aquí los problemas que se presentan a través del internet, uno de los ejemplos es la doctrina y legislación francesa, pero aquí se centra un particular y es que por la misma razón de que se trata de un medio de comunicación, muchas veces el responsable de la infracción se conserva en el anonimato; tal es así que, el Derecho Penal no puede dejar en la impunidad un delito o una infracción que se cometió en contra de los derechos de Autor y Conexos, perjudicando a los mismos, por lo que a la responsabilidad en cascada le surgió la necesidad de encontrar un responsable subsidiario, es decir, extiende la responsabilidad más allá del autor real, impidiendo el anonimato o el pseudoanonimato.

Los responsables subsidiarios, podrían terminar siendo: directores, autores e impresores, ya que son intermediarios en el proceso que se da para que la información sea creada como difundida. En base a esto, podemos entrar a mencionar la **responsabilidad escalonada**, que se manifiesta a ejemplo de la ley española que pone en el artículo 30 del código penal de 1995, en primer lugar pone al autor real del texto, en segundo lugar al director de publicación o del programa que lo difunda y en tercer lugar al director de edición; pues bien se podría confundir esto, pero no hay que perder el hilo; si bien en el artículo se ha mencionado que son infracciones que se dan desde medios de comunicación en los cuales están incluidos la internet, se puede pensar que en este estudio de la responsabilidad escalonada, se le está poniendo al mismo autor como sujeto de delito o infracción, cuando la idea es poner al titular de los derechos de autor y conexos en protección frente a los atentados que surgen en la red; pero se hace referencia de esto, porque de cierta forma un medio de comunicación por internet, puede afectar una obra de un autor determinado, y además resulta curioso, como un autor puede perjudicar a otro.

Dentro de la responsabilidad escalonada, en aspectos de internet, la doctrina señalada por Estrella David Gutiérrez, en el artículo “Noticias Jurídicas”, respecto a los responsables subsidiarios como intermediarios de la información, pueden ser:

1. Webmaster o editor de contenidos: Es aquel que crea y pone a disposición del público la información.
2. Proveedores de contenidos: Son aquellos que ponen a disposición los portales o sites, pero cada portal es elaborado por el respectivo autor, estos proveedores pueden llegar a ser responsables directos.
3. Proveedores de acceso a internet: Acceso técnico de los usuarios a la red.
4. Prestadores de servicios: Son aquellos que además de prestar el servicio, guardan una copia temporal de los datos que los usuarios han solicitado.
5. Buscadores: Son Links que permiten abrir contenidos o servicios en la red.
6. Proveedores de servicio: Son aquellos que facilitan el correo o el chat de los usuarios.

De las responsabilidades subsidiarias señaladas arriba, hay que poner especial atención que no todos cumplen en sí la misma función, además de que opera otro factor para que declararles responsables subsidiarios, y es que tengan conocimiento de que la información que están poniendo a disposición del público es ilegal; por lo que este artículo del Código Penal español, no ha sido encontrado viable, dado que no puede equiparar el mismo grado de responsabilidad para todos, ya que unos crean, otros transmiten y otros solo ponen el servicio técnico de la red.

Se podría decir que, es cuestionable, la responsabilidad subsidiaria además que, no hay que olvidar que en el Derecho penal no se aplica la interpretación analógica, salvo una excepción que sea *in bonam partem*, el cual permite la interpretación analógica en el caso de que esa interpretación o análisis sea en pro del condenado.

Tal como Estrella David Gutiérrez lo explica en su artículo de “Noticias jurídicas”: *“Esta originaria responsabilidad editorial fue generalizándose al resto de los medios de comunicación y, abarcando finalmente los tres modos de difusión ya clásicos en el Derecho de la Información, a saber: edición, emisión y exhibición.”*⁴⁵

⁴⁵ NOTICIAS JURIDICAS, Estrella David Gutiérrez, 2002, <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>.

Los nuevos desafíos que se presentan en ésta época son además de sancionar nuevos delitos o infracciones, encontrar a los responsables que cometen los atentados detrás del internet y que en la mayoría de los casos se conservan en el anonimato, aquí estaríamos frente a la responsabilidad escalonada.

No obstante lo dicho, hay que recordar que los delitos se cometen ya sea tanto por acción como por omisión y los diferentes actores que intervienen en este proceso podrían estar siendo responsables por omisión también. Ahora sea por acción o por omisión, estos intermediarios también guardan ciertos principios que deben respetar para ejercer sus funciones, es decir, el deber legal que tienen de controlar los servicios y la información que están poniendo a disposición del público, por lo que se podría establecer la presunción de culpabilidad de estos sujetos intermediarios.

En Francia se establece 3 requisitos para considerar responsable a un intermediario, y son:

1. Que el intermediario pueda intervenir en el contenido ilícito técnicamente.
2. Que tenga conocimiento del ilícito.
3. Que haya omitido.

Es necesario que se den los tres para poder declarar la responsabilidad penal.

Por lo que la responsabilidad en cascada y escalonada pueden aplicarse en delitos que se producen en la propiedad intelectual, con más aproximación a los derechos de autor, que es objeto de éste estudio, no obstante otros criterios como es el del jurista Gimbernát Ordeig, que sostiene que *“sólo en los delitos en los que se puede reputar autor del delito al autor de un texto, cabe utilizar la responsabilidad escalonada”*⁴⁶, generalmente la responsabilidad escalonada ha sido aplicada para delitos de libelo o de opinión. Estos tipos de responsabilidad en la mayoría de los casos se han aplicado en los casos de plagio en la red, y que

⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., Ensayos penales, 1999, págs.. 446-7.

además el autor Gómez Tomillo⁴⁷ manifiesta que la responsabilidad en cascada corresponde excepcionalmente a casos específicos y no se debe dar amplitud en temas que no encajen en el tipo, por decir si alguien injuria a otra persona a través de la utilización de correo electrónico, aquí no existiría responsabilidad escalonada, dado que no encaja en el tipo, o la estafa, que son otros delitos que están manejados a través de su propia figura y a los cuales se les da un trato específico. Por lo que se debe tener notable atención en los tipos que esta figura de la responsabilidad escalonada encaja.

En España se maneja la responsabilidad penal escalonada en el artículo 30 del Código Penal, aplicable a los delitos contra la propiedad intelectual, y a diferencia de Francia, España exige dos requisitos necesarios para su aplicación, y son:

1. El contenido difundido se considere ilícito y el mismo ordenamiento jurídico lo establezca así.
2. Carácter antijurídico de lo difundido, es decir que encaje en el tipo; tomando en consideración una necesaria interpretación restrictiva de la norma.

Me permito citar 2 artículos importantes del Código Penal español, que son:

“Artículo 30

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

⁴⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet, op. Cit. (núm.2, pág. 35 y ss.).

4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.”⁴⁸

“Artículo 270

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.”⁴⁹

Según la doctrina⁵⁰ lo menciona, la responsabilidad en cascada es aplicable para los casos del artículo 30 del Código Penal español, más no para el artículo 270 del mismo cuerpo; es decir la responsabilidad en cascada no se aplica a:

- Plagio: no se aplica porque no es característico la utilización de medios de difusión.
- Reproducción: no es susceptible necesariamente de medios de comunicación en masas y no es necesariamente parte del tipo de la publicidad en cuanto a la difusión de contenidos antijurídicos.
- Distribución: en la distribución, más que esparcir el contenido ilícito a un público indeterminado, se acredita ejemplares a personas determinadas, por lo que no hay agravantes vinculadas a la expansión del contenido ilícito.

⁴⁸ Código Penal español, artículo 30, actualizado hasta el 17 de enero de 2013.

⁴⁹ Código Penal español, artículo 270, actualizado hasta el 17 de enero de 2013.

⁵⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet, op. Cit. (núm.2, pág. 35 y ss.).

- Comunicación pública: a diferencia de la distribución no permite la posterior distribución, ya que se trata de una copia Ram.

La responsabilidad escalonada exige para su aplicación que el contenido sea ilícito y además de ilícito, sea difundido; si no encaja en esta estructura del tipo, no se puede considerar la responsabilidad escalonada. Esta responsabilidad además, busca:

- Combatir el anonimato.
- Garantizar la libertad de expresión en información.

La interpretación restrictiva es la única que cabe en el artículo 30 del código penal español, es decir no se puede extender a todo delito la responsabilidad escalonada; no obstante el legislador español exonera de ésta responsabilidad al sujeto que ha cooperado o ha participado como cómplice en el atentado que se realice al derecho de autor vulnerado, pues no es justificable esa exoneración y por tanto la legislación española mantiene deficiencias en su norma en cuanto a la protección de los derechos de autor.

Manuel Gómez Tomillo, manifiesta que la responsabilidad en cascada no debe ser aplicada a los delitos que se cometen en perjuicio de la propiedad intelectual⁵¹.

Responsabilidad penal del servidor que pone en contacto a dos usuarios; de los proveedores de enlaces y de acceso en redes P2P

En el sistema P2P, queda excluida la responsabilidad en cascada y se da la responsabilidad de terceros intervinientes en el proceso de intercambio; la responsabilidad además se mide desde los presupuestos relevantes y acordes al tipo, para esto se puede tomar en cuenta a:

- El servidor que hace posible el contacto entre dos usuarios de la red: éstos dos usuarios, cumplen funciones diferentes, pues el primero facilita la información y el segundo la obtiene, por lo que participan cada uno en el delito, al mismo tiempo tienen un carácter omisivo puesto que no hacen nada por impedir que se efectúe el delito, sin embargo no siempre podemos etiquetar la conducta del

⁵¹ GÓMEZ TOMILLO, M., Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet, op. Cit. (núm.2, pág. 35 y ss.).

usuario como omisiva, puesto que, se relacionan mediante un programa digital, más no por contacto personal, por lo que el indicado de tener una conducta omisiva con seguridad sería el servidor ya que no frena el flujo de información ilegal y por último se pondría el dolo de manifiesto, solo que no siempre se podría pensar que existió dolo ya que en las redes P2P, no toda información que se descarga es ilegal y por tanto no siempre pueden identificar los usuarios la legalidad o la protección intelectual de la misma. Estos dos usuarios en sí, están cooperándose para la consumación del delito y al referirnos a esto, se podría ver el tema desde el punto de vista de la complicidad.

Por lo que resulta difícil, encajar en el tipo penal español, ya que en España los cómplices están exentos de responsabilidad en este tema, resulta complicado hacer responsable al servidor que pone en contacto a los dos usuarios.

- Proveedor del enlace desde una página web: Este sujeto se encarga de difundir el lugar en el que se encuentra contenida la información prohibida, más no difunde la información ilegal, por lo que no encaja en el tipo, ya que el tipo solo manifiesta el difundir el contenido ilegal, pero en la ley española no se encuentra previsto este tipo, mucho menos se puede comprobar el dolo, ya que probar algo así resulta complicado.
- Proveedores de acceso: Este proveedor no puede ser considerado ni autor, ni partícipe de los delitos a los derechos de autor que resulten del internet, más que nada, estos proveedores son el eje central de las comunicaciones.

Lo manifestado en párrafos anteriores, como son los atentados a través de la red, se puede afirmar que incursionan dentro de los delitos de consumación instantánea y muchos de ellos con insuficiencia de fundamento para acudir a la protección de la ley penal.

CAPÍTULO 4:

4.3 Análisis de los casos y resoluciones.

4.1.1 Caso Napster (P2P).

4.1.2 Caso Grokster.

4.1.3 Caso MegaUpload.

4.1.4 Caso Compu Serve.

4.1.5 Caso Operador R.

4.4 La Legislación ecuatoriana, doctrina y convenios internacionales.

4.2.1 Ley de Propiedad Intelectual.

4.2.2 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 351 de la CAN.

4.2.3 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.

4.2.4 Tratados de Internet de la OMPI.

4.2.5 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

4.2.6 ¿Son suficiente, los cuerpos normativos incorporados en el ordenamiento jurídico hasta el momento en el Ecuador, con respecto a la regulación de las infracciones a los derechos de autor y conexos, en la red?.

4.1 ANÁLISIS DE LOS CASOS Y RESOLUCIONES.

La nueva era trajo consigo la aparición de nuevos programas digitales los cuales permitían la lectura de imágenes, video y audio que se reproducen a través del formato MP3, llevando a una infrenable copia de obras que se encuentran protegidas bajo los derechos de autor, pues este formato permite la grabación de un gran volumen de contenido musical en un solo disco.

Los casos que a continuación se mencionan han sido de gran importancia para que el Derecho de Autor de grandes pasos en sus decisiones y ayudándonos a comprender la relación que se ha generado entre los autores o titulares de la obra y la internet.

4.1.1 CASO NAPSTER (P2P):

En Estados Unidos la compañía Napster Inc., da origen a Napster, programa que se hace conocer en 1999 que brindaba acceso a los contenidos de obras musicales, facilitando que entre usuarios determinados intercambien la información musical, es decir Napster actuaba como un intermediario de servicio gratuito quien realizaba sus funciones por medio de un motor de búsqueda que brindaba acceso a sitios piratas, por medio de un servidor centralizado, creando su propia comunidad de usuarios, quiénes compartían esa información sin ninguna autorización, e incluso muchos de éstos usuarios expresaron que la música se debe limitar a ser simplemente arte y no objeto de comercio, existiendo por parte de los mismos usuarios el rechazo a la protección de los derechos de autor, hay que estimar que según Miguel Ángel Emery⁵², Napster llegó a tener 60 millones de usuarios.

Al ser la primera red que permitió el intercambio de información entre sus usuarios, dio origen a que se creen las redes P2P (peer to peer), las cuales se siguieron desarrollando a través de otros programadores, sobre lo cual represento una amenaza a toda la industria musical.

⁵² Miguel Ángel Emery, Usos Ilícitos en Internet, Los casos Napster – Easy ciber café – Verizon, Artículo.

Argumentos de Napster:

Napster utiliza como argumentos en su defensa, el acceso a la cultura y libertad de expresión pues en el mercado los discos tienen precios elevados y muchas veces son inaccesibles al usuario, y siendo que no son bienes de primera necesidad no merecen un gasto tan alto por adquirir obras musicales, además, aumenta a su defensa el fundamento del caso “Betamax”, en el cual argumentaba que quien creaba determinada tecnología está exento de responsabilidad alguna ya que es el usuario quien le da el uso fuera de la ley.

Argumentos en contra de Napster:

La Recording Industry Association of America (RIAA, representante de la industria discográfica en EE.UU) y el grupo musical Metallica, iniciaron acciones en contra de las actividades que Napster realizaba, pues se pone de manifiesto que la realización de un disco lleva consigo la inversión de dinero y tiempo, implicando que éstos discos deben contar con el respectivo permiso de venta que es una gestión más que se debe realizar para poder vender, siendo totalmente injusto que Napster facilite un disco al usuario sin que se pague el precio justo.

Además se alegó que el negocio que sostenía Napster, perjudicaba en millones a las compañías discográficas, por la reducción en ventas de discos, debido al sistema de intercambio de archivos o llamado *file sharing technology*, por lo que se realizaron estudios de mercado en donde se demostraba que las ventas cayeron.

Se resolvió:

El caso se resolvió en la Corte de San Francisco en el año 2000, en el cual se consideraba que los usuarios de Napster no solo “intercambiaban” información sino que cada autor o titular estaba en su derecho de reclamar; en el año 2001 se apeló ante el Tribunal de la Corte Federal de Apelación de San Francisco le

pareció infundado lo alegado por Napster, ya que consideró que Napster sí tenía conocimiento del uso ilegal de sus usuarios y no realizó ninguna acción para impedir la infracción, por lo que en la sentencia resuelve decir que Napster era culpable de piratería y de violación de derechos de autor, por lo que confirma la decisión considerando que Napster debía frenar el intercambio de archivos considerando que, las medidas precautorias eran necesarias, por lo que a las conclusiones que se llegaron según Miguel Ángel Emery, fueron:

- Los usuarios infringieron el copyright de las compañías de fonogramas y editoras, por lo que no aplica en estos casos el uso honesto, pues se trataba de un intercambio masivo de archivos, por lo que infringieron muchas obras en sus derechos de explotación como la reproducción y distribución.
- El servicio gratuito de Napster, obstaculizó que los titulares reciban su retribución por la propiedad intelectual sobre la obra.
- Se considera "*prima facie*", la violación de los derechos intelectuales intencionalmente, pues Napster proveía el sitio y por tanto facilitaba la infracción, por tanto era evidente que existía interés financiero, por lo que su accionar fue voluntario y doloso.
- Napster incurrió en responsabilidad legal objetiva, por la infracción al copyright de los titulares, pues obtenía ganancias por el incremento de usuarios y nunca controló la conducta de los usuarios, pues pudo haber vigilado y supervisado lo que ocurría en un sistema, por el contrario ayudó al intercambio del contenido protegido por los derechos de autor; esta responsabilidad objetiva, en la que recayó es agravada puesto que Napster tenía pleno conocimiento de las infracciones que se llevaban a cabo, por lo que el ánimo de lucro fue evidente.
- Se impuso a Napster las costas de la apelación.
- Existió Vicarious Liability, pues no evitó la conducta de los terceros en este caso los usuarios y como se trataba de un sistema centralizado, en el cual los

archivos son descargados desde un servidor central, hace que el propietario del servidor sea individualizado y susceptible de identificación para juicio, en este caso Napster tuvo que responder por su modus operandi; además que el usuario en sí fue el infractor directo y como tal Napster no vigiló la conducta y actos del usuario, por tanto responde por los hechos de un tercero sino cumplió con el deber vigilar actividades infractoras.

- Existió infracción directa, desde el momento en que los usuarios cargaban, descargaban y compartían información que sin autorización, por tanto su uso era ilegítimo.
- Existió infracción indirecta o contributiva, pues aquí hubo plena intención y conocimiento de la causa y participaba en la actividad ilícita de sus usuarios, pues al ser el dueño del programa le inducía al usuario a compartir archivos musicales mp3 no autorizados, es decir fue un colaborador para que la infracción surja.

Además el Tribunal, determinó que el sistema centralizado infringía las disposiciones del Digital Millenium Act, llevando por tanto a actualizar al Copyright Act incluyendo las nuevas necesidades tecnológicas que estaban afines en los Tratados de la OMPI.

Napster tuvo que eliminar información de su servidor, no obstante antes de que la Corte dicte sentencia se declaró en bancarrota, pero como ya se manifestó, a raíz de esto se crearon más programas con redes P2P, como Kazaa y Morpheus, en palabras de Varela Pezzano *“las redes P2P evolucionaron, pues eliminaron el servidor central, así mismo distribuyeron las conexiones entre los usuarios, por lo tanto las grandes compañías se quedaron sin poder identificar a la persona que estaba detrás de estas redes, encontrándose en la penosa situación de demandar a los usuarios, personas del común, incluyendo niños y hasta personas que una*

*vez terminado el proceso habían fallecido. Convirtiendo a esta “darknet” en un problema sin solución.”*⁵³

Para llegar a la sentencia que se dictó en el caso Napster, se tomo como referencia el caso Sony Betamax, pues todo se origina con dos series que tenían gran demanda de audiencia, Kojak (un detective que perseguía delincuentes) y Columbo (otro detective que descifraba casos), en el cual Sony revoluciona con Betamax, que permitía grabar un programa de televisión mientras el otro estaba siendo visto; en primera instancia se resuelve absolver a Sony en base al Fair use o uso honesto sin ánimo de lucro, en segunda instancia perseguida por lo estudios el juez encuentra culpable a Sony por violar normas de copyright y el fallo en última instancia de casación que dio la Suprema Corte Norteamericana en 1984, absuelve a Sony en base al fair use o uso honesto ya que las grabaciones que se realizaban eran en casa y no con fines de lucro sino personales, por lo que se examina el tema de que para la época representaba un avance tecnológico, el cual podía ser usado con fines lícitos o ilícitos, por lo que los que deben asumir la responsabilidad deberían ser los usuarios y no los creadores de la tecnología, creando precedente para el sistema P2P.

4.1.2 CASO GROKSTER:

Un grupo de compañías cinematográficas entre ellas Metro-Goldwyn-Mayer Estudios Inc. ET. AL., demandaron a Grokster Ltd y SteamCast Network Inc., por atentar a los derechos de autor, puesto que, ofrecían a los usuarios de forma gratuita programas de intercambio de archivos musicales y audiovisuales protegidos, a través de las redes P2P.

Grokster y SteamCast no recibían ganancia, pero si obtenían utilidades por la venta de espacio publicitario en sus programas, esa publicidad luego era dirigida a sus usuarios, por lo que mientras más usuarios se tenían había más rentabilidad de prestar su espacio publicitario y por tanto aumentaban las utilidades, ya que los

⁵³ Varela Pezzano, E. (2009). *Tecnologías Peer-to-Peer derechos de autor y el copyright*. Bogotá, Colombia: editorial Universidad Del rosario.

usuarios en ese sitio web de publicidad podían descargarse los programas P2P de computación.

Argumentos de Grokster:

Grokster sostenía que la información que circulaba en la red P2P, era de dominio público y que los incrementos que tenían eran significativos.

Argumentos en contra de Grokster:

Grokster y SteamCast distribuían sus programas con conocimiento e intención de que los usuarios reproduzcan y distribuyan obras protegidas por el derecho de autor.

Se resolvió:

En primera y segunda instancia se resuelve que, los demandados no eran responsables por las infracciones que emanen de los usuarios, pero los accionantes apelan la decisión de la segunda instancia, ya que se reinterpreta la doctrina planteada por el caso Sony, pues en el caso Sony se planteaba que el fabricante de la tecnología no es responsable indirecto por los hechos que cometiesen sus compradores o usuarios, en el año 2005 la Corte Suprema Norteamericana revoca lo dicho en la instancia anterior de apelación por haberle dado la razón a Grokster y SteamCast en base a la innovación de las nuevas tecnologías, argumentando que se aplicó incorrectamente el caso Sony porque no se le puede dejar exento de las responsabilidades derivadas y por tanto emite sentencia a favor de los accionantes; en el caso Grokster, se trata de analizar si cabe o no cabe la responsabilidad de la empresa o compañía que mediante sus servicios y a sabiendas facilita actos ilegales que atentan a los derechos de autor, pues se comprobó que el 90% de contenido que circulaba en esos programas estaban protegidos por los derechos de autor, por lo que la Corte consideró que el uso no es lícito ya que evade los derechos de autor.

Entró en análisis el tema de si cabía o no la aplicación del caso Sony para fallar en Grokster, incluso la idea de afirmar que Grokster incurrió en responsabilidad directa era una de sus vías, pues las descargas se daban por medio del software de Grokster y SteamCast pero al mismo tiempo se debatía que también pudo haber existido la responsabilidad indirecta, pues de alguna forma colaboro e influyo para que se den las infracciones omitiendo la conducta ilícita de sus usuarios. La Corte Suprema afirma que sí existe evidencia directa de la ilicitud por parte de las demandadas pues el hecho de haber inducido a sus clientes a realizar infracciones mediante publicidad de carácter fraudulento, por tanto se les hace responsables indirectos, pues responden por los actos ilícitos de terceros que fueron inducidos por Grokster y SteamCast, pues existió omisión, además que lucraban con esta actividad como ya se explico antes.

El solo hecho de que Grokster y Stream Cast hayan incitado a que el usuario cometa un acto ilícito directo a los derechos de autor o el proporcionar instrucciones para que el usuario lleve a cabo las infracciones, demuestran que existió intención positiva de promover la descarga e intercambio de archivos sin permiso del autor y de forma gratis.

Es importante diferenciar que, en el caso Sony no hubo la intención del fabricante de Betamax de que los usuarios cometan ilícitos, mientras que en Grokster y StreamCast si la hubo, pues según la Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU⁵⁴, hay tres características que evidencian los actos ilícitos notables y son:

- Tanto Grokster como SteamCast se presentaron como empresas dedicadas a satisfacer a usuarios que anteriormente eran parte de Napster, pues ofrecía el mismo concepto en servicios, lo cual implica que toleraban la idea de que sus usuarios realicen actos ilícitos que infrinjan los derechos de autor y se mostraban como una alternativa más de Napster.
- Las demandadas nunca desarrollaron mecanismos que eviten las actividades ilícitas mediante sus programas.

⁵⁴ <http://artandlaw.cerhum.es/wp-content/uploads/TribunalEEUU.pdf>.

- Las dos empresas obtuvieron beneficios económicos, como producto de la publicidad que utilizaban para direccionar a sus programas de descarga ilegal, mientras más anuncios existían aumentaban las utilidades de las demandadas, pues la finalidad era obtener cada vez más usuarios para que accedan a su publicidad y por ende a sus programas que luego eran utilizados para evadir los derechos de autor.

Con lo dicho se puede evidenciar que hubo intención de carácter ilícita de parte de Grokster y StreamCast, por lo que los accionantes están en todo su derecho de reclamar daños y perjuicios.

Cabe anotar que a diferencia del Caso Napster, Grokster utilizaba un sistema descentralizado, y eso aún complica más la situación, pues un sistema descentralizado no indica qué archivos están siendo copiados ni cuando, por lo que resulta más difícil de evidenciar la infracción, viéndose además que Grokster al distribuir gratuitamente su software tomo una postura que incitaba a violar contenido protegido por el derecho de autor.

4.1.3 CASO MEGAUPLOAD:

MegaUpolad, fundado en el año 2005 por Kim Schmitz, residente en Hong Kong y Nueva Zelanda y otros más, ofrecía servicios de alojamiento de archivos, su servicio se prestaba de forma gratuita, los usuarios podían cargar información hasta de 2 GB y aquel que se registraba tenía la facultad de descargar hasta 100 GB en contenidos, existían usuarios libres y los usuarios registrados, la diferencia era que, los usuarios libres tenían que esperar más tiempo para descargar información y solo podían descargar hasta 1 GB, mientras que los usuarios que contaban con un registro accedían a los servicios de MegaUpload en solo segundos, los usuarios que pagaban obtenían una cuenta Premium lo cual permitía que accedan a los archivos sin ninguna espera y sin restricciones.

Para que los usuarios se sientan atraídos con realizar descargas, MegaUpload brindaba incentivos, es decir proporcionaba puntos a los usuarios constantes cuando la información que ellos subían al sistema era descargada por el resto de usuarios, de tal forma que, mientras más puntos se obtenía, se podía obtener cuentas Premium y por tanto mayores beneficios, esos beneficios se podían manifestar incluso en términos monetarios para los que accedieron a la cuenta con tarjeta de crédito.

Según Wikipedia, MegaUpload poseía tres tipos de cuentas:

1. Gratis: El usuario podía realizar descargas de un archivo en forma simultánea pero con un tiempo determinado de espera y no podía bajarse información pesada.
2. Usuario: Esta clase de cuenta debía contar con un registro previo por parte del usuario, en el registro del usuario se llenaba únicamente información básica como el nombre de usuario y correo, pero no poseía beneficios como el usuario Premium.
3. Premium: Este usuario no tenía que esperar nada de tiempo, ni hacer colas de descargas para descargar la información, además que poseía beneficios por los puntos que adquiría por la información que subía.

MegaUpload además alojaba videos parecidos a YouTube, pero era mayor su servicio, pues los videos consistían en películas y series e incluso pornografía, fotos y vídeos caseros, además tenía su propio buscador.

MegaUpload pretendía lanzar MegaBox, en la cual participaban discográficas, para lo cual los beneficios que se hubieren generado el 90% percibían los artistas mientras que el 10% ganaba MegaUpload.

Argumentos de MegaUpload:

Según datos del caso en defensa del cierre de MegaUpload, Anonymous realizó la caída de la red de varios sitios como el Departamento de Justicia, Universal Music group e incluso al FBI filtrando datos personales de su director.

Argumentos en contra de MegaUpload:

Según datos del caso, en gastos legales se generó 175 millones de dólares y en cuanto a pérdidas en derechos de autor se refiere causó se alegaron 500 millones de dólares según el informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

La compañía Universal Music, solicitó el retiro del video promocional de MegaBox, puesto que poseía los derechos de varios artistas con los que MegaUpload pretendía participar, no obstante MegaUpload alegó que ninguno de los artistas participantes presentó ningún impedimento legal, amenazando en demandar a Universal por el cierre del video promocional.

El FBI alega que lo que realizó MegaUpload fue conspiración de crimen organizado, infringiendo el Copyright, dando lugar a que se expongan en la red las obras más populares siendo objeto de millones de descargas, además que MegaUpload realizaba lavado de dinero mediante el pago de los usuarios, por lo que el FBI, busca proteger la propiedad intelectual y la seguridad de los consumidores estadounidenses, en contra de los que pretenden obtener ganancias ilegales.

Se resolvió:

En el año 2012 fue cerrado por el FBI, ya que se consideró que afectaba a los derechos de autor por piratería masiva en línea, pues existe mala utilización de almacenamiento de información y distribución de contenidos, facilitando por tanto delitos en contra de la Propiedad Intelectual, fueron arrestadas 7 personas, a uno de los cofundadores (Ortmann) se le concedió la libertad condicional con 17 condiciones a seguir, entre una de ellas se le prohíbe acceder a internet. Según

datos del caso las 6 personas acusadas⁵⁵ además de Kim Schmitz de 37 años de edad, fueron:

- Julius Bencko, de 35 años, ciudadano y residente de Eslovaquia, que es el diseñador gráfico;
- Finn Batato, de 38 años, un ciudadano residente en Alemania, que es el director de marketing.
- Sven Echternach, de 39 años, un ciudadano residente en Alemania, que es el jefe de desarrollo de negocios;
- Mathias Ortmann, de 40 años, un ciudadano de Alemania y residente en Alemania y Hong Kong, que es el director técnico, co-fundador y director;
- Andrus Nomm, de 32 años, ciudadano de Estonia y residente de Turquía y Estonia, que es un programador de software y jefe de la división de desarrollo de software;
- Bram van der Kolk, también conocido como Bramos, de 29 años, un ciudadano holandés y residente en los Países Bajos y Nueva Zelanda, que supervisa la programación y la estructura de red subyacente para las páginas web Mega conspiración.

Mientras que Kim Schimtz todavía se encuentra a la espera de la audiencia de extradición a los Estados Unidos.

4.1.4 CASO COMPU SERVE

Caso Cubby vs Compu Serve 1991, responsabilidad de proveedor de servicios de internet; Cubby plantea la demanda en contra de Compu Serve en el Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito del Sur de Nueva York por difamación, competencia desleal y denigración a su negocio.

Compu Serve no tenía el deber de revisar todos los mensajes que estaban en el foro en contra de Cubby, puesto que era demasiada información y no era posible una revisión de la misma, además que, el tribunal estimaba que no era obligación

⁵⁵ <http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement>.

de Compu Serve revisar esos mensajes, ya que el ISP solo se limitaba a distribuir la información como lo hace cualquier biblioteca, pues una biblioteca tiene los libros pero no puede revisar toda la información que posee en todos esos libros. Otro factor determinante para eximir de todo tipo de responsabilidad en este caso fue que el ISP, no tenía conocimiento de lo que estaba ocurriendo, es decir no sabía que en esos mensajes se atacaba a Cubby.

En sí el tribunal en 1991 no vio ningún tipo de responsabilidad para Compu Serve, por lo que desecho la demanda por difamación planteada por Cubby, ya que se sostuvo que, el ISP no se sujetaba a la Ley difamación tradicional por el contenido que alojaba en su servidor, puesto que a pesar de que Compu Serve albergaba información que difamaba a Cubby, no era responsable pues solo distribuían la información y no editor de los contenidos del foro, por tanto como distribuidor solo se le podía aplicársele la Ley de difamación en el caso de que éste ISP haya tenido conocimiento de ese contenido

Con esto podemos observar que, la jurisprudencia norteamericana no apunta a declarar la responsabilidad al ISP que tiene únicamente como función proveer el acceso a internet, puesto que no maneja la información, es decir no posee el control sobre la editorial del contenido y no ha creado esa información, aquí responden los usuarios o al tercero que cometió la infracción, fuera otro el panorama si el ISP sabe lo que sucede.

En lo que se refiere a la reproducción, existe responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, en los casos en que no se haya contado con la autorización del autor, almacenando temporalmente la información o el contenido en la memoria RAM, y luego fijando el contenido en un soporte físico.

4.1.5 CASO OPERADOR R

Promusicae con el apoyo de Sony, Universal Music, Warner Music y EMI, presenta demanda solicitando a la operadora Gallegos R, lo citado en el artículo 148 de la Ley de Propiedad Intelectual de España que menciona “Instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y

morales causados”⁵⁶, la demanda se dirige contra el proveedor de internet puesto que resulta imposible identificar al usuario.

Según el diario “EL MUNDO”⁵⁷ de Madrid, los demandantes alegan según el rastreo realizado, que el usuario poseía un disco duro en su computadora con 5.097 archivos de sonido, con una carpeta compartida en su ordenador, por lo que también se basan en los artículos 138 y 139 de la LSSI, normativa que permite dirigirse al intermediario no infractor, pues este diario en su artículo de fecha 22 de enero de 2014 afirma que, esta vía antes no se había usado, siendo que ya existe una década, por lo que esta vía permite la lucha contra el intercambio no autorizado de contenidos.

En primera instancia la operadora R no fue condenada, ya que se desestimo las pretensiones de los demandantes; en segunda instancia se modifica lo resuelto en primera instancia por lo que a inicios del año 2014, la operadora Gallegos R en Barcelona, recibe una orden de la Audiencia Provincial de Barcelona en la cual le comunica que debe cortar el acceso a internet a uno de sus usuarios por compartir archivos P2P de grabaciones musicales, sin contar con el consentimiento del autor, a lo cual la operadora R responde que le ha sido imposible ubicar al usuario infractor, dado que solo tiene el apodo del mismo resultándole difícil cumplir con la orden.

El nickname que utiliza el usuario es “nito75”, resultando un tema complejo perseguir a un infractor de la ley que se escuda bajo un nickname, siendo así que la sentencia no se puede cumplir.

La sentencia de los jueces aduce que al momento de poner a trabajar un P2P, se puede considerar que la información que está de por medio está siendo objeto de comunicación pública, toma como referencia sentencias del año 2011 para verter estas afirmaciones, pues en esas sentencias consideran que el intercambio masivo de contenidos o información a través de las plataformas P2P, se consideran comunicación al público, pues es una red de archivos compartidos mediante carpetas visibles al resto de los usuarios P2P, llevando consigo como

⁵⁶ Ley de Propiedad Intelectual, España, Artículo 148.

⁵⁷ <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dcfc3cca4741ce548b4577.html>

consecuencia actos de reproducción no autorizados, los jueces comparten este criterio, pues para su interpretación, el solo hecho de fijar las grabaciones musicales en un ordenador permitiendo su comunicación u obtención de copias en su defecto como en este caso “Nito75” lo hacía si constituye actos de reproducción y comunicación pública, puesto que pone al alcance de una pluralidad, por tanto son infracciones que se han cometido, tomando en cuenta que el único que puede disponer de la comunicación pública de las grabaciones musicales, es el productor; lo que sí es importante mencionar es que no se ha probado si el usuario ha cometido estos actos con ánimo de lucro.

La sentencia que se ha producido en este caso, sentaría un gran precedente judicial, por el hecho de que se ha demandando a un intermediario ISP, por lo que la sentencia falla a favor de Promusicae y de las principales discográficas demandantes, esto ha desatado polémica, considerándose que si el fallo se direcciona en el sentido que la actividad del usuario es ilícita, por qué habría de dirigirse exclusivamente al ISP.

4.2 LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y CONVENIOS INTERNACIONALES. ¿SON SUFICIENTE, LOS CUERPOS NORMATIVOS QUE HASTA EL MOMENTO EL ECUADOR CONTIENE, CON RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS, EN LA RED?

Hemos analizado en aspecto general como tratan otros países como España y Estados Unidos, el tema de las infracciones a los derechos de autor y conexos en la red, por lo que ahora es menester detenernos a observar nuestra ley para analizar si nuestro contexto normativo es suficiente o no para proteger los derechos de autor y sus derechos conexos en la internet.

4.2.1 Ley de Propiedad Intelectual:

En la Ley de Propiedad Intelectual, se reconoce y se garantiza los derechos que tienen tanto los autores como los titulares sobre las obras, además que, reconoce a las obras ya sea en medio físico como en medio digital, tal es el caso de los programas de ordenador descritos en el artículo 28, los cuales se consideran obras literarias ya sea que se encuentren en código fuente (legible por el hombre)

o el código objeto (legible por la máquina), pues cabe recordar que, el software está reconocido por los derechos de autor.

Otros conceptos que se han desarrollado o ampliado al entorno digital de nuestra Ley se encuentran en los artículos 21 y 22 de nuestra Ley, referentes a los conceptos de Reproducción y Comunicación pública, me permito citar los mismos:

“Art. 21.- [Reproducción].- La reproducción consiste en la fijación o réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier medio o por cualquier procedimiento, conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella.”⁵⁸ (Negrilla me pertenece).

Se puede colegir del artículo anterior que, la era digital también ha llevado consigo el tratamiento de la reproducción en internet, pues como menciona Esteban Argudo Carpio, la digitalización es un acto de reproducción pues *“Para la explotación de cualquier obra en el entorno digital, constituye una condición ineludible su digitalización”*⁵⁹. Ahora podemos notar que, el término “digitalización” está muy familiarizado a las nuevas formas de explotación de las obras de derecho de autor, pues antes todo se manifestaba mediante obras de características físicas pero hoy en día son desmaterializadas, eso implica que a más de estar representada la obra en un papel, la obra también encuentra su protección en la red; para poder desmaterializar la obra y digitalizarla, debe ser la misma transformada en códigos numéricos de unos y ceros, se les llama bits y terminan traducándose en una secuencia de varios millones de números, por lo que se afirma que la digitalización constituye un acto de reproducción;

“La digitalización, que permite almacenar y transmitir toda clase de obras mediante su desmaterialización y transformación en impulsos eléctricos (bits)

⁵⁸ Ley de Propiedad Intelectual, Art. 21.

⁵⁹ Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 193.

numéricos y la recuperación y reproducción de obras así almacenadas y transmitidas con absoluta fidelidad al original.”⁶⁰

Con esto podemos anotar que. antes las obras tenían el soporte físico en el papel, pero ahora con la digitalización el soporte es electrónico, pero aún así requiere la autorización del titular de la obra, pues al digitalizar la obra se entiende que existe un almacenamiento de la obra en el disco duro, independientemente de que sea un almacenamiento temporal o definitivo, el solo hecho de estar digitalizada la obra es sinónimo de que se puede obtener réplicas de la misma, por lo que este derecho patrimonial que al autor tiene se ve ampliado al entorno digital y guarda relación con el artículo 45 de nuestra Ley, que menciona que a pesar de las diversas formas de explotación de la obra, hay reserva de derechos que no han sido estipulados expresamente.

Ahora en referencia a la Comunicación pública, el artículo 22 de nuestra Ley dice:

“Artículo 22.- [Comunicación pública].- *Se entiende por comunicación pública todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, como en los siguientes casos:.....”⁶¹*

En este artículo admite que las representaciones de la obra que se dan mediante la comunicación pública se pueden dar mediante cualquier medio o procedimiento, además que su difusión puede ser sin hilo, dando paso a la representación digital sea o no simultánea.

Es importante señalar que la Comunicación pública es tolerable bajo los parámetros del ámbito doméstico, facilitando al público el acceso a la obra o producciones que se encuentran amparadas por el derecho de autor. *“Entre los actos que comprende el derecho de comunicación pública señalados en esta disposición legal, se encuentra la radiodifusión de las obras por medios inalámbricos (microondas-vía satélite), de forma que sirvan para difundir los*

⁶⁰ Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 189.

⁶¹ Ley de Propiedad Intelectual, Art. 22.

*signos, sonidos o imágenes, o la representación digital de éstos; y, la transmisión de las obras por cable, fibra óptica o cualquier otro procedimiento análogo.*⁶²

La Comunicación pública en cuanto a su concepto se refiere, fue ampliado al entorno digital en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en el cual se menciona que, para que una obra se transmita mediante Comunicación pública, se debe contar con la autorización del autor, puesto que es un derecho exclusivo que él tiene para que la obra sea representada en Comunicación pública, ya sea por cualquier medio tanto alámbrico como inalámbrico, una vez que se cuenta con la respectiva autorización, el público accede a la obra desde el lugar y momento en que elija hacerlo, *“la transmisión de obras en línea constituye una forma de comunicación pública, desde el acto de puesta a disposición, es decir, desde el acto de poner un objeto que puede ser capturado en la red, y el acto de captura mismo, incluyendo el proceso de conversión, hasta el momento en que el objeto es visto u oído por el destinatario final”*.⁶³

Por lo que es importante señalar en palabras de Argudo Carpio que la transmisión de las obras en línea, constituye un acto de comunicación pública.

Nuestra Ley si contempla la grabación de obras en soportes digitales, ya sea para fines de reproducción y venta, entiéndase que esto es para usos lícitos autorizados por el autor o el titular de la obra en su efecto, es decir si admite la explotación por este medio, ya sea para obras audiovisuales siempre que se haya firmado contrato previo con las sociedades de gestión colectiva y los artistas intérpretes para que garantice el pago de los derechos como lo menciona el artículo 78.

En el artículo 79 del mismo cuerpo en mención nos habla de la publicidad que puede darse por cualquier medio de difusión, lo que se entendería que está totalmente enmarcada la red en esta interpretación.

⁶² Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE, pág. 193.

⁶³ Schuster, Santiago, El derecho de autor y los derechos conexos en el mundo digital, Tercer Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y de Derechos Conexos, OMPI, 1997, pág. 248.

Respecto de los derechos conexos, en el artículo 88, se menciona que los artistas, intérpretes y ejecutantes a parte de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones, pueden además autorizar o prohibir la fijación de sus interpretaciones por cualquier medio, lo cual también aplicaría para el medio digital.

En cuanto a la comunicación pública se refiere, en el artículo 94 del cuerpo normativo en análisis, al hablar de los productores de fonogramas menciona que, son ellos quienes tienen el derecho exclusivo ya sea de autorizar como prohibir la comunicación pública alámbrica como inalámbrica, es decir por medio de la red.

Las opciones de defensa que nuestra ley regula se pueden contemplar en el artículo 288, se menciona a las acciones civiles y penales que hubiere lugar por la violación a los derechos de propiedad intelectual, siendo posible demandar el cese de los actos violatorios con los daños y perjuicios que hubiere lugar, además facultando que se exija el cumplimiento de los derechos que se encuentran contenidos en los convenios internacionales especialmente ADPIC.

Hasta ahora hemos visto que nuestra ley reconoce a las obras en el medio digital, por lo que en el artículo 292, trae consigo una regulación de importancia, sobre lo cual me permito citar:

*“Art. 292.- **[Violación a través de redes de comunicación digital].-** Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en esta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte.*

Se entenderá que ha sido advertido de la posibilidad de la infracción cuando se le ha dado noticia debidamente fundamentada sobre ella.

*Los operadores u otras personas naturales o jurídicas referidas en esta norma, estarán exentos de responsabilidad por los actos y medidas técnicas que adopten a fin de evitar que la infracción se produzca o continúe*⁶⁴

Del artículo citado, podemos ver que son 3 causales para que el operador responda solidariamente:

1. Tener conocimiento: Es importante mencionar que, el operador no tiene el deber absoluto de patrullaje en cada contenido que sus usuarios ponen en la red pues resultaría muy complejo perseguir a cada cliente o usuario y a cada contenido que se publica en la red, además de complejo sería muy costoso para el operador y por ende el acceso a internet resultaría demasiado caro, sin embargo al momento en que el operador sabe que su cliente o el usuario están infringiendo contenido o obras protegidas por derechos de autor, debe actuar de inmediato, evitando que se continúe con la infracción, es decir dar un aviso al usuario de que está infringiendo la Ley, o cortar el servicio a ese usuario en caso de que no cese la actividad, pero lo más importante, debe dar aviso a la autoridad competente quien es el Director de Derechos de Autor del IEPI, para eximirse de responsabilidad alguna y que sea la autoridad quien decida como proceder respecto de la infracción que se está cometiendo. Ahora, es otro panorama si el operador no sabe que se está cometiendo infracciones en la red, por medio de su servicio pues en ese caso no puede responder por actos ajenos que desconocía.
2. Haber sido advertido de la posible infracción: Si el operador es notificado por la autoridad competente, ya sea autoridad administrativa del IEPI, debe el operador actuar de inmediato para que se cese con la actividad infractora, de acuerdo a lo que la autoridad le haya dispuesto. Si el operador no hace nada ante el aviso de la autoridad, responde igual que el infractor.
3. No haber podido ignorar la infracción sin negligencia grave de su parte: Al momento en que el operador tiene conocimiento y omite actuar ante la infracción, existe negligencia grave de su parte, puesto que al ser el operador, tiene todas las herramientas necesarias para cortar de raíz el perjuicio que se

⁶⁴ Ley de Propiedad Intelectual, Art. 292.

está generando para con el titular de la obra y el uso deshonesto que se está realizando por parte del cliente o usuario, por lo que basta que tenga conocimiento para que actúe de inmediato, si no es así es responsable solidario.

Es decir, si el operador no tiene conocimiento de la infracción que existe sobre su servicio por parte de un tercero, no es responsable, a menos de que haya tenido conocimiento de la misma, pero si adoptó medidas para evitarlo no es responsable; en el caso de existir responsabilidad, es de manera solidaria.

Sobre la competencia:

Para conocer la competencia y el lugar del cometimiento de la infracción, tal como lo manifiesta el Código de Procedimiento Civil en sus artículo 26, 27, 28 y 29:

“Art. 26.- El juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.

Art. 27.-El que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se lo encuentre.

Art. 28.-El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de dichos domicilios exclusivamente, sólo el juez de éste será competente para tales casos.

Art. 29.- Además del juez del domicilio, son también competentes:

- 1.- El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación;*
- 2.- El del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está en él presente el demandado, o su procurador general, o especial para el asunto de que se trata;*
- 3.- El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato;*
- 4.- El del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito.*

Si la cosa se hallare situada en dos o más cantones o provincias, el del lugar donde esté la casa del fundo; mas, si el pleito se refiere sólo a una parte del

predio, el del lugar donde estuviere la parte disputada; y si ésta perteneciere a diversas circunscripciones el demandante podrá elegir el juez de cualquiera de ellas;

5.- El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos; y,

6.- El del lugar en que se hubiere administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración.”⁶⁵

Las infracciones que se cometen por medio de medios de comunicación digital, relacionado a lo dicho en el artículo 292 de la Ley de Propiedad Intelectual, se entiende que hay infracción cometida ya sea en el lugar donde está el sistema informático como el lugar que la transmisión se haga de forma predominante hacia el público, por lo que el trámite que se debe seguir es verbal sumario, para demandas civiles, teniendo como primera instancia al Tribunal Contencioso Administrativo, segunda instancia la Corte Provincial y casación la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional.

Daños y perjuicios:

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios el artículo 303 de la Ley en mención, dice lo siguiente:

“Art. 303.- [Indemnización de daños y perjuicios].- La indemnización de daños y perjuicios comprenderá las pérdidas sufridas y el lucro cesante, causadas por la infracción. La cuantía de los ingresos no obtenidos, se fijará teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios:

- a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación;
- b) Los beneficios obtenidos por la infractor como consecuencia de la violación;
- c) El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados; y,

⁶⁵ Código de Procedimiento Civil, artículos 26, 27, 28, 29.

- d) Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia.”⁶⁶

Por lo que si existen afectaciones de ésta escala económica, nuestra Ley permite que el titular reclame los daños y perjuicios que se originaron como resultado de la infracción o violación a los derechos que sobre la obra tiene; además de los daños y perjuicios a pagar, en el caso de existir sentencia civil condenatoria por la violación a los derechos de propiedad intelectual, la autoridad impone una multa de tres a cinco veces el valor total de los ejemplares de la obra, interpretaciones, producciones o emisiones de radiodifusión, o, de las regalías que el autor o titular hubiere obtenido por la explotación legítima de la obra, según el artículo 304 del mismo cuerpo, el valor de la multa se destina de la siguiente manera:

- 1/3 dirigido al IEPI.
- 1/3 dirigido al titular de la obra que fue objeto de infracción.
- 1/3 dirigido al Presupuesto de la Función Judicial, Fondo de Solidaridad y Fomento de Ciencia y Tecnología por medio del IEPI.

Providencias preventivas y cautelares:

En nuestra Ley también se encuentran las providencias preventivas y cautelares, que se solicitan al juez civil, por lo que el juez debe ordenar la medida al momento en que avoca conocimiento, además debe comprobar que el peticionario de la medida sea el titular del bien jurídico afectado, por lo que si se adjunta declaración juramentada en la demanda bastará, después el juez debe solicitar al demandante que rinda garantía para proteger los derechos del demandado en caso de no comprobarse lo alegado.

Con el fin de evitar que siga continuando la infracción, el juez ordena las medidas las cuales según el artículo 308 de nuestra Ley, por lo que se puede aplicar:

- “a) El cese inmediato de la actividad ilícita;

⁶⁶ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 303.

b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, comunicación, distribución según proceda; y,

c) Cualquier otra que evite la continuación de la violación de los derechos.”⁶⁷

Por lo que según el artículo 308, se puede ordenar el secuestro de los ingresos obtenidos como resultado de la actividad infractora, bienes como los equipos y aparatos que se utilizaron para cometer la infracción, o bien se puede solicitar la prohibición de salida del país del demandado. Cabe anotar como punto importante que el demandado no conoce sobre la causa sino hasta después de la ejecución de las medidas, es decir la demanda tiene carácter reservado.

Para efecto de cumplimiento de las medidas preventivas, en el artículo 313 de nuestra Ley, habla sobre las obras que han sido fijadas electrónicamente en dispositivos de información digital, las cuales pueden resultar difícil de aprehender o en su efecto causar daños graves al demandado, el juez previo consentimiento del actor y si considera pertinente puede permitir que los bienes que fueron secuestrados permanezcan en custodia del demandado, pero primero el juez debe identificarlos, individualizarlos e inventariarlos, además que puede secuestrar las fijaciones de materiales que son removibles, por lo que deben estar sellados por el juez, identificados e inventariados.

Una vez que se ha dado cumplimiento con las medidas preventivas, se cita al demandado y se dispone que corra el término de prueba que son 3 días; además una vez ejecutadas las medidas el actor debe iniciar la demanda principal en el Tribunal Contencioso Administrativo.

Es necesario mencionar que el juez debe apegarse además de la Ley de Propiedad Intelectual a las disposiciones de los convenios y tratados internacionales vigentes en el Ecuador.

Delitos y penas:

⁶⁷ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 308.

En nuestra Ley vigente se contemplan sanciones por las violaciones a los derechos de autor y conexos, estableciendo multas, para aquellos que alteren o mutilen o remueva la obra que estaba como información electrónica.

En el artículo 324 de nuestra Ley, se encuentran ubicadas las sanciones por violación a los derechos de autor, siendo que manifiesta lo siguiente:

“Artículo 324.- [Sanciones por violación a los derechos de autor y conexos].-
Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657,22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

- a) Reproduzcan un número mayor de ejemplares de una obra que el autorizado por el titular;*
- b) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras en número que exceda del autorizado por el titular;*
- c) Retransmitan por cualquier medio las emisiones de los organismos de radiodifusión; y,*
- d) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.”⁶⁸*

Según las disposiciones vertidas en el artículo en mención, se puede decir que en la red tampoco se puede reproducir una obra en un número de veces que el autor no haya autorizado o vender un número excedido del autorizado, además este artículo en su numeral d) guarda plena concordancia con los artículos 11 y 12 de los Tratados de la OMPI en los que tratan la regulación de las medidas

⁶⁸ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 324.

tecnológicas de protección, pues ya nuestra Ley establece cuáles son las sanciones para aquellos que oferten decodificadores o cualquier medio que quebrante las herramientas técnicas para acceder a contenidos que están protegidos por el derecho de autor.

Me permito citar además el artículo 325 de nuestra Ley, el cual dice:

“Art. 325 [Otras sanciones por violación de derechos de autor].- Serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de seiscientos cincuenta y siete 22/100 (657.22) dólares de los Estados Unidos de América a seis mil quinientos setenta y dos 25/100 (6.572,25) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

- a) Reproduzcan un número mayor de ejemplares de una obra que el autorizado por el titular;*
- b) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras en número que exceda del autorizado por el titular;*
- c) Retransmitan por cualquier medio las emisiones de los organismos de radiodifusión; y,*
- d) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del derecho.”⁶⁹*

Se puede anotar que en el literal d), se está sancionando las violaciones a los derechos de autor y conexos en cuanto se ponga a disposición de terceros decodificadores que vulneren los derechos protegidos por la presente ley en el ámbito de la materia en análisis, por lo que en la eventualidad que un

⁶⁹ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 325.

acontecimiento así llegase a ocasionarse, se estaría quebrantando las normas de la Ley de Propiedad Intelectual vigente y las normas de los Tratados de la OMPI.

Se puede ver entonces que tanto en los últimos numerales de los artículos 324 y 325 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual se regulan sanciones para las infracciones en la red.

Es así que, hasta en las sanciones penales, se visualiza lo importante que es tener la autorización del autor y saber actuar a tiempo por el conocimiento que se tenga de la infracción, pues en el artículo 327 del cuerpo en estudio, se considera agravante el hecho de haber recibido apercibimiento sobre la violación del derecho y no haber actuado frente a lo dicho, por lo que se ve la estricta concordancia que hay entre el artículo 292 que menciona que es negligencia grave la omisión por parte del operador al no actuar cuando tiene conocimiento de que se está infringiendo los derechos de autor.

En cuanto al análisis penal se refiere, es importante mencionar que el Nuevo Código Orgánico Integral Penal que entra en vigencia en meses posteriores, elimina el capítulo III correspondiente a los delitos y penas en materia de Derechos de Autor y les transforma en infracciones, por lo que es menester citar la Disposición Derogatoria Vigésimo Segunda del cuerpo mencionado:

“VIGÉSIMO SEGUNDA: *Deróguense los artículos 319 al 331, y el segundo inciso del artículo 342 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 426 de 28 de Diciembre de 2006.”*

Tutelas administrativas:

Se presentan ante el IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual), por lo que según el artículo 334 de nuestra ley, se puede requerir a la autoridad:

“a) Inspección;

b) Requerimiento de información; y,

c) Sanción de la violación de los derechos de propiedad intelectual.⁷⁰

De la misma manera, si existe petición de medidas cautelares, se debe mantener confidencialidad hasta luego de que se hayan ejecutado, preservándose la información no divulgada que se obtuvo en el procedimiento, estas medidas tienen un carácter provisional que pueden ser revocadas o confirmadas por la autoridad, por lo que concluido el proceso investigativo, el IEPI procede a dictar resolución motivada.

Como se puede observar, nuestra Ley de Propiedad Intelectual, tiene tres vías a las cuales se puede acceder para hacer valer los derechos de autor y conexos en la red, pues se hablo de la vía civil, penal y administrativa.

4.2.2 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

Decisión 351 de la CAN

Dentro de la normativa de derechos de autor y conexos también en el Ecuador se regula acorde a la Decisión 351 de la Comunidad Andina, la cual contiene disposiciones generales para los países que son parte de ésta comunidad como lo son Perú, Colombia, Bolivia y nuestro país.

En cuanto al objeto de protección de ésta Decisión, se encuentra en su artículo 4, que son todas las obras que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio, lo cual incluiría también a las obras digitales que se reproducen y se hacen conocer por medio de la red, involucrando también en su protección además de otras obras, a los programas de ordenador ya sea en código fuente o código objeto y a las bases de datos, dejando abierta la posibilidad de que se puedan realizar copias del programa de ordenador según el artículo 24 de la Decisión, en dos casos, el primero es para los casos en que es indispensable para la utilización del programa y el segundo es con fines de archivo para poder sustituir la copia legalmente adquirida, pero no consiente el aprovechamiento por varias personas del programa de ordenador, mediante la instalación de redes, sin que el titular de los derechos de la obra lo haya autorizado.

⁷⁰ Ley de Propiedad Intelectual, Artículo 334.

Esta decisión, contempla a la reproducción, comunicación pública de la obra por cualquier medio en el cual sirva para difundir la misma, al igual que las emisiones de cualquier obra por radiodifusión o por cualquier otro medio en este caso en el artículo 15 literal c), dice expresamente que puede ser cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, dejando totalmente abierta la consideración de que en esta norma encaja totalmente la nueva era tecnológica, la internet.

En cuanto a los derechos conexos se refiere, el artículo 34 manifiesta que los titulares de los derechos conexos de la obra, es decir los artistas, intérpretes o ejecutantes pueden autorizar o bien prohibir la comunicación pública en cualquier forma; mientras que la retransmisión de las emisiones se puede dar por cualquier medio o procedimiento.

El artículo final de la Decisión en análisis, habla sobre el compromiso que los países miembros se comprometen a garantizar la mejor aplicación de la Decisión 351, en pro de la consolidación del sistema comunitario de tal manera que se apeguen a la modernización de las oficinas nacionales competentes y los sistemas de servicios de información.

Se puede observar que ya existe una inclinación hacia las nuevas formas de difusión de las obras como lo es la red.

4.2.3 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.

Este acuerdo se da para establecer relaciones estrechas entre la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con la inclusión de objetivos que miran al desarrollo en sí incorporando a la tecnología, en la medida en que la protección y la observancia se extienda a la innovación de tecnología, transferencia y difusión de la misma, beneficiando a los productores, usuarios en pro del bienestar social, equilibrando los derechos y obligaciones, para que no exista una injustificable práctica en el comercio ni detrimento de la transferencia internacional de la tecnología.

ADPIC pretende reducir las distorsiones que se da en el comercio internacional, asegurando procedimientos para que se dé un comercio justo, para esto se toma como referencia la misma realidad que a lo largo de los años se ha constatado como lo es el comercio internacional de mercancías falsificadas, debiendo señalar que los derechos que se infringen son derechos de carácter privado y que estos derechos ahora están inmersos en el desarrollo de las nuevas tecnologías y por tanto esta nueva era debe estar resguardada con procedimientos sólidos y viables.

Para cumplir con los objetivos de ADPIC, es importante contar con procedimientos multilaterales que den soporte a la regulación de la Propiedad Intelectual en el Comercio.

Es importante citar el artículo 7 de éste cuerpo normativo, en miras de conocer sus objetivos los cuales son:

“Artículo 7

Objetivos

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.”⁷¹

De lo anteriormente citado se puede colegir que ADPIC, está estrechamente involucrado con la protección de los derechos de propiedad intelectual en la tecnología, de tal manera que ese desarrollo permita beneficiar a cada operador del sector económico en pro de su intelecto, en este caso los titulares de los derechos de autor y conexos en la red se ven protegidos mediante este Acuerdo, puesto que sus derechos aquí también están resguardados y apoyados para que se puedan transmitir en la internet sin que tengan que sufrir daños en su desarrollo social o económico, por terceros sujetos en cuanto al reconocimiento que tiene el contenido protegido en todas sus formas.

⁷¹ http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf ; ADPIC, Artículo 7.

Como principios de este Acuerdo, se menciona que los miembros que forman parte de este cuerpo normativo, están en la capacidad de adoptar medidas necesarias en su legislación nacional, medidas que promuevan el interés en el desarrollo tecnológico, por lo que así mismo están facultados de aplicar medidas que sean apropiadas para el comercio injustificable que ponga en peligro el comercio o transferencia internacional de tecnología, siempre y cuando estas medidas vayan acorde con el Acuerdo en mención.

No se debe olvidar que las disposiciones de ADPIC están basadas en las del Convenio de Berna, en lo que respecta al ámbito de derechos de autor y conexos, por lo que menciona que los titulares de la obra y sus derechos conexos pueden impedir actos que se han realizado sin su autorización por medios inalámbricos; además menciona a los programas de ordenador y compilaciones de datos como objeto de protección de los derechos de autor en base a Berna.

Además cada miembro debe regular en su legislación nacional, los procedimientos que deberán observarse para resguardar los derechos de propiedad intelectual, mediante la adopción de medidas y recursos eficaces que encuentren la actividad infractora proveniente incluso de las nuevas tecnologías.

Por tanto ADPIC también menciona los procedimientos administrativos, medidas provisionales, recursos y perjuicios que se interponen en contra del infractor, además que menciona las sanciones penales, para reducir al mínimo las nuevas infracciones.

En cuanto al procedimiento penal, cabe anotar que establece sanciones penales para aquellos que cometen piratería lesiva en escala comercial y dolo de obras de derecho de autor, sin embargo en nuestro país con el nuevo Código Orgánico Integral Penal, la piratería sería excluida de los delitos para ser tratada como una infracción.

4.2.4 Tratados de Internet de la OMPI

Los Tratados de Internet de la OMPI, como ya se menciono con más profundidad en el primer capítulo, surgieron como un alcance a las disposiciones del Convenio de Berna, estableciendo así nuevas formas de regulación para las nuevas

tecnologías mediante las medidas tecnológicas de protección y la modificación de la información sobre gestión de derechos, buscando reafirmar a los derechos de autor y conexos en la red, puesto que no deja de protegerse un derecho de autor y conexo porque la obra se encuentre en el medio digital por la red, sino que más bien se extiende la protección y la regulación para los nuevos medios.

Estos Tratados de internet son dos:

- (WCT) Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA).
- (WPPT) Tratado de la OMPI sobre Interpretación O Ejecución Y Fonogramas (TOIEF).

Asumen los nuevos retos de la era digital, trayendo consigo nuevos conceptos como la reproducción y la comunicación pública, permitiendo la utilización de obras en formato digital y su protección al mismo tiempo, rechazando toda clase de instrumentos que infrinjan a los derechos de autor por este medio, como son los decodificadores.

En conclusión a los Tratados de OMPI, representan un gran avance en pro de los derechos de autor y conexos, al introducir nuevas reglas de carácter internacional que encajen en los aspectos sociales, culturales y económicos, brindando equilibrio entre los derechos que le corresponde tanto al autor como a los titulares de derechos conexos y a los usuarios que llevan consigo el derecho a la educación e investigación.

Su extensión al medio digital y la red, resuelve muchas dudas y pone en claro la polémica que antes surgía por las nuevas tecnologías, por lo que representa un gran avance para la Propiedad Intelectual en sí.

4.2.5 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

Su última enmienda fue el 2 de octubre de 1979, pues por la fecha se puede colegir, que el Convenio de Berna no lleva en su normativa el tratamiento de las nuevas tecnologías, sin embargo se debe poner de manifiesto que es un cuerpo normativo muy importante que sirvió de base para el tratamiento de los derechos de autor.

Ya se conoce que Berna se guía por los tres principios básicos que son de su principal caracterización y son:

1. Trato Nacional: Las obras que pertenecen a los autores de los países que están bajo la Convención de Berna, reciben la misma protección. “Todas las obras que son originarias de un país que es parte de este convenio deben recibir en los demás países el mismo trato que den a sus nacionales, por lo que los criterios que se deben considerar para que la obra sea de este convenio son los elementos de conexión, como: nacionalidad, domicilio o residencia y el lugar donde se publicó la obra”⁷².
2. Ausencia de Formalidades: No es necesario ningún registro de la obra para gozar de la protección de los derechos de autor referente a Berna.
3. Independencia de la protección en el país de origen de la obra: Esta clase de protección es independiente de la protección del país de origen. “Si la obra ya cayó en el dominio público en su país y vence el plazo de protección, no puede reclamarse en otro país”⁷³.

Con lo dicho se puede ver que el Convenio de Berna ayuda a sentar las bases sobre las cuales más adelante los Tratados de la OMPI, regularían pero en el aspecto tecnológico.

4.2.6 ¿Son suficiente, los cuerpos normativos incorporados en el ordenamiento jurídico hasta el momento en el Ecuador, con respecto a la regulación de las infracciones a los derechos de autor y conexos, en la red?

⁷² Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

⁷³ Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.

De acuerdo a lo analizado, el Ecuador respecto de la regulación de las infracciones a los derechos de autor y conexos en la red, tiene pautas para establecer la responsabilidad que puede llegar a existir en los ISP por actuar con omisión frente al conocimiento de la infracción de una obra, además que plantea la posibilidad que tiene el afectado para hacer valer sus derechos, ya sea por medio de acciones civiles y administrativas, por lo que no hay indefensión en el Ecuador respecto de las infracciones a los derechos de autor y conexos en la red, en esos campos.

Es importante establecer que el Ecuador no es un país lo suficientemente desarrollado en tecnología como lo es Estados Unidos y España, tal es así que para nuestro análisis hemos tomado como referencia casos del extranjero para conocer a manera general la postura de cada uno frente a la responsabilidad de los ISP, pero todavía no hay precedentes de responsabilidad de ISP en el Ecuador como lo hay en otras legislaciones, por lo que se puede decir que existen pautas más no un procedimiento específico para tratar la temática de las infracciones de los derechos de autor en la red.

Además de nuestra Ley de Propiedad Intelectual contamos con los Tratados de Internet de la OMPI y la Decisión 351 además de otros que coadyuvan a reforzar el tema del avance tecnológico en el derecho de autor, con esto se puede decir que el Ecuador tiene bases para tratar el tema, sin embargo sería de gran utilidad conocer más fondo un tratamiento especial para los casos en que se presenten problemas de competencia para conocer un determinado caso de infracción a una obra u obras en las cuales los límites transfronterizos sobrepasen.

Respecto del tema penal, de las infracciones y delitos a los derechos de autor y conexos en la red, es importante mencionar que antes existían delitos en materia de Propiedad Intelectual, pero con el surgimiento del nuevo Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo a la disposición derogatoria vigésimo segunda, todo el capítulo de los delitos y de las penas desaparece, siendo así que al momento de entrar esta norma en vigencia deja en un vacío legislativo al tratamiento penal de

los derechos de autor y conexos en cuanto a sanciones por los delitos e infracciones que llegaren a darse, deduciendo entonces que se está generando una inseguridad jurídica para los derechos que han sido protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual, ante lo cual surge la necesidad de reforzar el tema en la misma Ley de Propiedad Intelectual y una futura reforma del nuevo Código Orgánico Integral Penal, ajustando los parámetros para esta clase de infracciones que no deben quedar en el vacío legislativo, pues como se mencionó a lo largo de éste análisis, los derechos de autor son derechos humanos y por tanto merecen un fuerte reconocimiento a nivel nacional como internacional y no pueden quedar al aire y detrimento de las nuevas costumbres.

CONCLUSIONES:

- ❖ El derecho de autor no se agota con la aparición de las nuevas tecnologías, pues el medio digital que nos ofrece la red es un nuevo campo a regular, es decir, los derechos de autor y conexos han sido ampliados para ser objeto de protección en la internet.
- ❖ Con el surgimiento de las nuevas tecnologías aparecieron nuevas formas de difundir las obras, al mismo tiempo que aparecieron nuevas vías para infringir los derechos de autor y conexos.
- ❖ Los principios existentes en materia de Derecho de Autor y Conexos, adquirieron mayor alcance con el surgimiento de la nueva era tecnológica, al igual que los derechos morales y patrimoniales.
- ❖ La sociedad de la información, como principal característica de la nueva era, juega un doble papel en la tecnología, pues representa una nueva forma de comercio para las obras protegidas por los derechos de autor y conexos, mientras que por otro lado, representa una amenaza a los mismos por su extenso acceso desde todas partes del mundo y por tanto brinda diferentes opciones de infracciones a las obras protegidas.
- ❖ Las infracciones que se cometen por medio de la sociedad de la información pueden tener carácter transfronterizo, puesto que no está sometido a una legislación nacional, por tanto puede ser desde cualquier parte del mundo y perjudicar en cualquier parte del mundo.
- ❖ Los Tratados de Internet de la OMPI, surgen para regular los temas de los derechos de autor y conexos en la nueva era tecnológica, siendo un cuerpo normativo que inicia el tratamiento de las medidas tecnológicas de protección y los recursos para evitar la elusión de las mismas mediante decodificadores; por lo que busca consolidar la temática a nivel internacional enfrentándose a éstos nuevos retos que involucra el medio tecnológico.
- ❖ Si bien es cierto el derecho de autor se ha visto contrapuesto con los derechos que tienen los usuarios de acceso a la información para la investigación y educación, no es pretexto para que se vean menoscabados los derechos de autor

y conexos, puesto que si no se encuentran incentivados desde un inicio, difícilmente surgen nuevas obras a ofertarse para el beneficio de la sociedad, pues si la sociedad necesita acceder a la información, el autor de esa información necesita ser reconocido en sus derechos para poder seguir aportando a la misma, tutelando la inteligencia humana.

- ❖ Referente a la responsabilidad de las redes P2P, resulta dudoso establecer de primera la responsabilidad de un P2P por el hecho de ser un sistema para compartir información, por lo que resulta imprescindible analizar la conducta de la persona que está atrás del servidor como la persona que viene en último lugar que es el usuario.
- ❖ Para considerarse responsable a un operador de red P2P, se debe observar si hubo ánimo de lucro y perjuicio de un tercero, a falta de uno de estos elementos no hay responsabilidad por infracción a los derechos de autor.
- ❖ Los proveedores de servicios de internet cumplen una función intermediaria entre nodos y servidores en la sociedad de la información, puesto que está entre el usuario y el autor, artista o intérprete de la obra, siendo así que, antes de declarar su responsabilidad directa como indirecta se debe probar que el ISP, tenía conocimiento de la infracción, puesto que todo parte de si tenía o no conocimiento, siendo que sí lo tenía responde solidariamente y puede ser directa o indirectamente según haya prestado su servicio.
- ❖ Se busca al ISP para que responda por los daños causados a los derechos de autor o a los titulares de los derechos conexos por hechos de un tercero, porque en su efecto resulta difícil muchas veces ubicar al usuario o tercero infractor.
- ❖ Es importante mencionar que el ISP no tiene la obligación de inspeccionar cada contenido que sus clientes alojan en su servidor, puesto que es una gran cantidad de información y resulta imposible controlar cada detalle; no obstante si llegare a tener conocimiento de alguna infracción en su servicio debe actuar inmediatamente poniendo en conocimiento de la autoridad y evitar que la actividad continúe.

Bibliografía:

- Lipszyc, Delia, “Derechos de autor y derechos conexos”, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 157.
- Delia Lipszic, XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA POR LAS INFRACCIONES DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL, 2005.
- Antequera, Parrilli. Ricardo. “Breviario del Derecho de Autor”. Editorial LIVROSCA, Caracas – Venezuela. 2000.
- Esteban Argudo Carpio, EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, Ruptura No. 49, 2005, PUCE.
- Mabel Goldstein, Derecho de Autor, Protección jurídica a la creatividad. Objetos protegidos. Sujetos del derecho. Negociaciones patrimoniales. Derechos conexos. Formalidades registrales. Procedimientos y sanciones. Convenios internacionales. Mercosur. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1995. Acuerdo "Trip's". Ediciones La Roca.
- Ledesma, Ibáñez. Jorge. “PIRATERÍA DIGITAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL”. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional. Editorial BOSCH S.A., Barcleona- España.
- Paula Vallepuga González, “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en Derecho Informático de la Comunidad, núm. 30, enero de 2001 (www.alfa-redi.org).
- Profesor español Miguel Peguera Poch, “La exención de responsabilidad civil por contenido ajenos”, conferencia en Jornadas de Responsabilidad civil y penal de los prestadores de servicios en Internet, Barcelona, noviembre de 2001.

- Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador vigente.
- Régimen Común sobre Derechos de Autor y Conexos, Decisión 351.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC.
- Tratados de Internet, OMPI; TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR (WCT) (1996); (WPPT) Tratado de la OMPI sobre Interpretación O Ejecución Y Fonogramas (TOIEF).
- Apuntes de clase, Argudo Esteban, PUCE, 2011.
- Rengifo, García. Ernesto, “Propiedad Intelectual. El derecho moderno de autor”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1996-2000.
- CONVENCION DE ROMA sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- Desi (Directiva Europea sobre Determinados Aspectos Jurídicos de la Sociedad de la Información).
- Ríos, Ruíz. Wilson. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LAS TECNOLOGÍAS”. Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 2009.
- Carlos Fernández Ballesteros, El derecho de autor en el ámbito digital. Tratados Internet., Buenos Aires, 2005.
- Mónica Torres, El derecho de autor y las tecnologías de la información y la comunicación, CERLALC, Octubre 2008.
- Agustín Grijalva Jiménez, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Corporación Editora Nacional, Ecuador.
- Bercovitz, Alberto: Opus cit., pág. 81.

- Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, t.IV, México, Edit. Porrúa, 1973.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, ESPASA CALPE, Compañía Editorial Espasa Calpe Argentina S.A., pag 361.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., Ensayos penales, 1999.
- GÓMEZ TOMILLO, M., Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet, op. Cit. (núm.2, pág. 35 y ss.).
- Código Penal español, actualizado hasta el 17 de enero de 2013.
- Miguel Ángel Emery, Usos Ilícitos en Internet, Los casos Napster – Easy ciber café – Verizon, Artículo.
- Varela Pezzano, E. (2009). *Tecnologías Peer-to-Peer derechos de autor y el copyright*. Bogotá, Colombia: editorial Universidad Del rosario.
- NOTICIAS JURIDICAS, Estrella David Gutiérrez, 2002, <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>.
- <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>.
- http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Nicaragua/Ley_312.htm.
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200203-275591221022700.html>
- http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf
- http://www.eoi.es/wiki/index.php/Medidas_tecnol%C3%B3gicas_de_protecci%C3%B3n_en_Propiedad_intelectual

- <http://openbusinesslatinamerica.org/2012/09/29/medidas-tecnologicas-de-proteccion-la-solucion-a-la-pirateria-digital-o-una-amenaza-a-las-excepciones-y-limitaciones-al-derecho-de-autor/>
- http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,648/
- www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi.../ompi_da_bue_2_05_1.doc
- http://www.cerlalc.org/Prospectiva/Derecho_de_autor.pdf
- http://centrodeartigos.com/articulos-de-todos-los-temas/article_25777.html
- http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf
- http://www.acta.es/medios/articulos/derechos_de_autor_y_propiedad_intelectual/023119.pdf
- http://www.cadra.org.ar/upload/Emery_Usos_Illicitos_en_Internet.pdf
- http://www.cadra.org.ar/upload/Ley_Grokster.pdf
- <http://artandlaw.cerhum.es/wp-content/uploads/TribunalEEUU.pdf>
- <http://es.scribd.com/doc/59981372/Propiedad-Intelectual-y-Entorno-Digital>
- http://www.derecho.uba.ar/rev_comunicaciones/ed007/dossier.pdf
- <http://es.wikipedia.org/wiki/MegaUpload>
- <http://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement>
- <http://www.20minutos.es/noticia/1309105/0/libertad-condicional/mathias-ortmann/megaupload/>
- http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/01/22/actualidad/1390390488_763169.html
- <http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/01/20/52dcfc3cca4741ce548b4577.html>

- http://www.elotrolado.net/noticia_una-sentencia-ordena-a-la-operadora-r-la-desconexion-de-un-usuario-por-compartir-archivos-via-p2p_23312
- http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

PARA GRADOS ACADÈMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Zaira Vanessa Haro Bravo, C.I., 1718315508, autor del trabajo de graduación intitulado “LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LA RED: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ECUATORIANA EN RELACIÓN A ESTA RESPONSABILIDAD”, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:


1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.


2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 30 de mayo de 2014



Zaira Vanessa Haro Bravo
C.I. 171831550-8

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **171831550-8**

APELLIDOS Y NOMBRES
**HARO BRAVO
ZAIRA VANESSA**

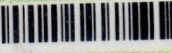

LUGAR DE NACIMIENTO
**QUITO
SANTA PRISCA**

FECHA DE NACIMIENTO **1989-06-29**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **F**

ESTADO CIVIL **SOLTERA**

INSTRUCCIÓN **SUPERIOR**

PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** E3333V2222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
HARO EDGAR FABIAN

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
BRAVO JUANA UBALDINA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2013-09-27**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-09-27

 DIRECTOR GENERAL

 FIRMA DEL CEDULADO



 001278529